

UNIVERSIDAD DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

Régimen jurídico de las aguas

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Heliodoro de la Torre Ruiz

DIRECTOR:

Laureano López Rodó

Madrid, 2015

Rd. 54.274

TE
74

UNIVERSIDAD DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

REGIMEN JURIDICO DE LAS AGUAS



BIBLIOTECA
DE DERECHO

POR: HELIODORO DE LA TORRE RUIZ

TESIS DOCTORAL PRESENTADA PARA OPTAR AL
TÍTULO DE DOCTOR EN DERECHO, DIRIGIDA -
POR EL EXCMO. SR. CATEDRÁTICO DE LA UNI-
VERSIDAD DE MADRID DR. D. LAUREANO LO-
PEZ RODÓ.

MADRID, 1962

**A LA MEMORIA DE MIS PADRES,
DEFINITIVAMENTE AUSENTES.**

INDICE

	<u>PÁGINA</u>
INTRODUCCION	3
CAPITULO I: NOTICIA HISTORICA	7
1.- EDAD ANTIGUA	8
2.- DERECHO ROMANO	14
A. ESTADO POLÍTICO Y SOCIAL	14
B. LOS ORÍGENES CRISTIANOS	17
C. LAS COSAS	18
A. AGUAS PÚBLICAS	22
A'.AGUAS PÚBLICAS NAVEGABLES	23
B'.AGUAS PÚBLICAS NO NAVEGABLES	23
B. AGUAS PRIVADAS	24
3.- DERECHO INTERMEDIO MODERNO	26
A. SUS ELEMENTOS	26
B. EL AGRUPAMIENTO FEUDAL	27
A. EL ELEMENTO REAL	28
B. EL ELEMENTO PERSONAL	28
C. EL SEÑORÍO	29
D. CONDICIÓN DE LAS CLASES RURALES	29
E. CONDICIÓN DE LAS TIERRAS	30
F. EL FEUDO	30
G. CARTAS DE INMUNIDAD, PRIVILEGIOS Y FUE- ROS	31
A. DONACIONES DE TIERRAS FISCALES	31
B. DIPLOMAS DE INMUNIDADES	31
4.- LEGISLACIÓN ESPAÑOLA PARA LAS INDIAS	36
A. ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL	36
B. COSTUMBRES INDÍGENAS	39
C. CARÁCTER COMÚN DE LAS AGUAS EN EL DERE- CHO INDIANO	42
5.- EPOCA CONTEMPORÁNEA	48

	<u>PÁGINA</u>
CAPITULO II: DEL DOMINIO PUBLICO	55
1.- BIENES DEL ESTADO.- DOMINIO DEL ESTADO	56
2.- BIENES PÚBLICOS.- DOMINIO PÚBLICO	58
3.- CARACTERÍSTICAS DEL DOMINIO PÚBLICO	62
A. INALIENABILIDAD	63
B. INEMBARGABILIDAD	64
C. IMPRESCRIPTIBILIDAD	64
4.- USO DE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO	65
A. USO COMÚN O GENERAL	66
B. USO ORDINARIO ESPECIAL	66
C. USO EXTRAORDINARIO	67
A. PERMISO	68
B. CONCESIÓN	68
CAPITULO III: DE LA CLASIFICACION DE LAS AGUAS ..	71
1.- INTRODUCCIÓN	72
2.- CRITERIOS PARA DISTINGUIR LAS AGUAS PÚBLICAS - DE LAS PRIVADAS	74
A. POR SU VOLUMEN O CAUDAL.- CRÍTICA	74
B. POR SU APTITUD PARA LA NAVEGACIÓN O NO	75
C. POR LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PREDIO POR - DONDE DISCURREN.- CRÍTICA	75
D. POR LA CALIFICACIÓN LEGAL.- CRÍTICA	77
E. TEORÍA DE ROMAGNOSI.- CRÍTICA	79
CAPITULO IV: DE LA CLASIFICACION DE LAS AGUAS (CON TINUACIÓN)	82
1.- AGUAS MARÍTIMAS. (MAR TERRITORIAL)	83
2.- AGUAS INTERNACIONALES	84
3.- AGUAS VIVAS.- AGUAS CORRIENTES	87
4.- AGUAS MUERTAS	87
5.- AGUAS MINERALES. (MINERO-INDUSTRIALES; MINERO- MEDICINALES)	88
6.- AGUAS PLUVIALES	89
7.- AGUAS SUBTERRÁNEAS	91
A. ANTECEDENTES	91

	<u>PÁGINA</u>
A. TEORÍA DE VITRUVIO	93
B. TEORÍA DE VELDER	94
B. IMPORTANCIA	94
C. TRATAMIENTO LEGAL	95
 CAPITULO V: DE LOS APROVECHAMIENTOS DE AGUAS ..	 101
1.- SITUACIÓN DEL PARTICULAR ANTE LA ADMINISTRACIÓN	102
2.- POTESTAD DISCRECIONAL	104
3.- TEORÍAS QUE EXPLICAN EL USO DE LAS AGUAS PÚBLICAS	107
A. TEORÍA CONTRACTUALISTA.- CRÍTICA	107
B. TEORÍA DE DUBUIT	109
C. TEORÍA DEL PROFESOR SANTA MARÍA DE PAREDES	110
D. CONCEPTO DEL AUTOR: CONCESIÓN DE AGUAS...	112
A. CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS	113
B. CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS	113
C. CONCESIÓN DE USO DE AGUAS PÚBLICAS ...	115
A'. NATURALEZA	115
B'. NACIMIENTO	118
C'. DESARROLLO	120
D'. PROHIBICIONES	121
E'. RENUNCIA	122
F'. REVOCACIÓN	123
A''. COMO SANCIÓN	123
B''. POR MOTIVOS DE INTERÉS PÚBLICO.	123
C''. CONSECUENCIAS	124
G'. INDEMNIZACIONES	125
 CAPITULO VI: DE LOS APROVECHAMIENTOS DE AGUAS..	 127
1.- DE LA PRESCRIPCIÓN	127
2.- DE LOS PROPIETARIOS RIBERANOS	130
3.- DE LA DIVISION DE LAS AGUAS	134
4.- DEL ORDEN DE PREFERENCIA DE LOS APROVECHAMIENTOS	135

	<u>PÁGINA</u>
CAPITULO VII: DE LOS APROVECHAMIENTOS INDEBIDOS	140
1.- DE LOS APROVECHAMIENTOS DE FACTO	141
2.- DE LOS APROVECHAMIENTOS ILEGALES	143
3.- DE LAS SANCIONES	146
A. EN RELACIÓN A LOS DE FACTO	148
B. EN RELACIÓN A LOS ILEGALES	149
A. MULTA	149
B. CADUCIDAD	153
C. SANCIONES PENALES	155
A. ENVENENAMIENTO DE AGUAS	155
B. DESTRUCCIÓN DE DIQUES, CANALES, INUNDACIÓN ETC.	157
D. SANCIONES CIVILES	158
CAPITULO VIII: FUERZA HIDRAULICA	159
1.- IMPORTANCIA	160
2.- ENERGÍA HIDRÁULICA.- ENERGÍA NUCLEAR	161
3.- CONCESIÓN DE FUERZA HIDRÁULICA	161
A. OBLIGACIONES AL CONCESIONARIO	163
B. FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN. RESERVAS	163
4.- NACIONALIZACIÓN	164
CAPITULO IX: ACCION ESTATAL	169
1.- IMPOSICIÓN DE TASAS	170
A. JUSTIFICACIÓN	170
B. TASAS Y CONTRIBUCIONES	171
C. APLICACIONES LEGALES	173
2.- SERVIDUMBRES ADMINISTRATIVAS	174
A. SU EXISTENCIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO	174
B. DEFINICIÓN	175

	<u>PÁGINA</u>
C. SU CONSTITUCIÓN	176
D. INDEMNIZACIÓN	177
3.- RIEGOS.- DESECACIÓN DE LAGOS Y PANTANOS.- OBRAS DE DEFENSA	180
A. RIEGOS	180
A. IMPORTANCIA	180
B. MOTIVOS O CAUSAS PARA EL RIEGO	182
C. CONSTRUCCIÓN DE OBRAS DE REGADÍO ...	185
A'. POR LOS PARTICULARES	185
B'. POR EL ESTADO	185
C'. POR EL ESTADO Y PARTICULARES ...	186
B. DESECACIÓN DE LAGUNAS Y PANTANOS	187
A. MOTIVOS	187
B. SISTEMAS LEGALES	188
C. OBRAS DE DEFENSA	190
A. IMPORTANCIA	190
B. CONSTRUCCIÓN	191
C. FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN	192
D. SERVICIO DE VIGILANCIA	193
A. SIGNIFICADO HISTÓRICO	193
B. DEFINICIÓN	195
C. POLICÍA DE AGUAS	196
CAPITULO X: CONCLUSIONES	I
BIBLIOGRAFIA	XIII

INTRODUCCION.

Cierto es que la tradicional división de Derecho Público y Derecho Privado no ha podido ser superada, -ni lo será-, por cuanto encierra una cierta distinción; pero no es menos cierto que, por una parte, - las actuales complejas relaciones de los hombres subrayan la insuficiencia del criterio único a la luz del derecho privado para regularlas; y por la otra, la necesidad de establecer ordenamientos jurídicos particulares que realmente se compadezcan con la situación que trata de ser encuadrada dentro de los moldes del Derecho.

Se ha visto nacer así, y en el curso de unas cuantas décadas, importantes ramas de ciencia jurídica que tienen autonomía y sustantividad propias, tal como ocurre con el Derecho del Trabajo que cuanta, además - con normas adjetivas o de procedimiento que están informadas por principios totalmente diversos a los que pre-

siden las mismas normas de enjuiciamiento en lo civil, penal, etc. Pretender dar solución a conflictos obrero-patronales con los instrumentos y enseñanzas que nos da para el Derecho Civil, no pasa de ser un exabrupto.

Proceso parecido, y que se está gestando con rapidez digna de tenerse en cuenta, es el que atraviesa el Derecho Aéreo. Y que también se da en la materia objeto del presente trabajo, y que algunos autores califican con propiedad Derecho Hidráulico. Pero ni el Derecho Aéreo ni el Derecho Hidráulico cuentan hoy con elementos suficientes que permitan predicar su completa independencia frente a otras ramas del Derecho; tanto el uno como el otro se siguen alimentando de principios extraídos del Derecho Administrativo, Derecho Internacional, Derecho Civil, etc. Pero es de esperarse que en un plazo no muy largo, los dos fenómenos anotados hayan impuesto sus características, peculiares y se vuelvan importantes brazos del Derecho.

En lo que toca al "Régimen Legal de las Aguas", inicialmente el Código Civil se encargó de su calificación y tratamiento. Y como resultara corto para resolver eficazmente los diversos conflictos que se planteaban se optó por el estatuto único que reglamentaba exhaustivamente la materia, pero reciamente influenciado por principios de Derecho Privado. Es así como se en-

cuentran dentro de este tratamiento legal para las aguas, y trasplantadas en su integridad, instituciones técnicas que dentro del Derecho Civil tienen amplia explicación, justificación y cabida, sin que se hayan ensamblado convenientemente a las modalidades propias del nuevo campo donde van a actuar. Prescripción, servidumbre, propiedad, etc., son nociones que actúan simultáneamente en Derecho Privado, y en Régimen Legal de Aguas, con el mismo contenido, alcance y significación.

Este estado de cosas ha conducido a situaciones de insospechada injusticia, a mas de que es inaceptable el que por razones no muy atendibles, las cuestiones que tienen un marcado sabor público se vean sometidas al tratamiento de normas que se han erigido precisamente para presidir relaciones de índole totalmente diversa. En otras palabras, no encuentro asidero de ninguna especie para que el Régimen Legal de las Aguas, materia esencialmente ubicada dentro del campo del Derecho Público, siga sometida al imperio del Derecho Privado.

Pensando en lo anterior, he querido escrutar la verdadera ubicación que dentro del amplio radio de lo jurídico, tiene el Régimen Legal de las Aguas. Y he concluido que las aguas son cosas públicas, y que es imprescindible el que ella sean regladas en forma acorde

con su condición.

He sido ayudado en esta labor, por autores de Derecho Civil, pero muy especialmente por doctrinantes de Derecho Administrativo. Y desde luego, he tomado - fiel nota de cuantas obras, publicaciones y artículos - sueltos se han escrito en España con relación a este tema. Sumándose a todo lo anterior, el aporte que suministró la legislación nacional de algunos países.

- - - - -

Respetuoso de la verdad, debe manifestar que este modesto trabajo no hubiera sido viable, si no hubiera contado con la generosa dirección del señor doctor don Laureano López Rodó, y la permanente y valiosa colaboración del señor doctor don Andrés de la Oliva.

CAPITULO I

NOTICIA HISTORICA

1.- EDAD ANTIGUA.

El agua es tan antigua (1) como el mundo, o -
mas precisamente, tiene un día menos que éste. Según -
las leyendas bíblicas, fué en el segundo día de la Crea-
ción cuando Dios separó las del firmamento de las terref-
res. Pero la importancia de las aguas y su influencia
sobre la cultura no deriva tanto de su edad como de la
remota época en que comenzaron a influir en los desti-
nos humanos.

Los filósofos de la historia anotan como he-
cho de fecundas consecuencias, el que los pobladores -
del mundo, en la prehistoria se agruparan en los cuatro
valles formados en los grandes rios. La irrigación ar-
tificial que permitían el Nilo, el Eufrates, el Ganges
y el Yang-Tsé-Kiang influyó tan poderosamente en los des-
tinos humanos que determinó la conglomeración de los -
hombres en cuatro regiones, que originaron otras civili-
zaciones diferentes.

Tan rancia estirpe es la que tienen la impor-
tancia del regadío y su influencia sobre la actividad -
humana, que no son, como podría creerse a primera vista,

(1) Guillermo J. Cano, "Estudio de Derecho de Aguas". -
Buenos Aires, 1943. pág. 36.

producto de esta era que vivimos de lo intensivo, de las series, de las superproducciones y del infraconsumo. En el Egipto arcaico, por ejemplo, el riego ejerció considerable influencia política y social porque como en el valle del Nilo la vida dependía del preciso aprovechamiento de sus crecidas, ello forzó a los hombres, en primer lugar a formar conglomerados sociales, los nomos, para el mejor aprovechamiento de las aguas que individualmente no hubieran logrado. Así las aguas del Nilo obligaron a los egipcios a organizarse en sociedad y les impusieron la necesidad política de crear una autoridad central, la faraónica, que regulara los conflictos de intereses entre los nomos. (2)

Estos nomos, anteriores al año 3.000 A.C. son los mas remotos antecedentes de nuestras comunidades de regantes o canales, como lo hace notar Moret.

Moisés nos demuestra también que en su época, el agua influyó en algún modo en la felicidad humana cuando dijo: (Biblia, Libro del Exodo): al Señor Dios tuyo servirás para que yo eche bendición sobre... tus aguas, aserto éste que confirma el Libro de Deuteronomio (Biblia) donde se lee: Porque el Señor Dios va a introducirte en esa tierra buena, llena de arroyos y de -

(2) Autor precitado, obra citada, pág. 37.

estanques y de fuentes en cuyos campos y montes brotan manantiales perennes de aguas.

Que la idea de la seguridad económica que proporciona el regadío artificial existía en la época pre-cristiana, lo demuestra otro pasaje del Deuteronomio - que dice: Porque la tierra que vais a poseer no es como la de Egipto, de donde salisteis, en la cual después de haber sembrado se conducirá a fuerza de trabajo aguas - de regadío como en las huertas... sino que la tierra de montes y de vegas, que aguarda mas lluvias del Cielo... y que no sea irritado el Señor cierre el Cielo y no caigan las lluvias ni la tierra produzca frutos.

Tanta es la importancia que ya en ese entonces tenía el agua, que podemos remontar a esa época no solo el concurso de la propiedad privada de las aguas, sino el de la asignación de las mismas de un valor económico de tráfico. El Libro de los Números (Biblia) - cuando recuerda que los Hebreos prometían a ciertos cananeos seguir "siempre la carretera y en caso de beber aguas nosotros y nuestros ganados -dice- pagaremos lo - justo". (3)

Pero la trascendencia económica del agua de regadío no se advierte solo en la legislación mosaica.

(3) Autor citado, obra ib. pág. 38.

Hamurabi prologaba su Código vanagloriándose de ser el Príncipe que ha dado vida a Ereche llevando abundantes aguas a sus habitantes. Y Mahoma en El Corán, anuncia a "aquellos que creen y que hacen el bien" y "practican la virtud" como premio a esta "que vivirán eternamente en los jardines donde corren los arroyos y los ríos de aguas claras".

Los Manava-Dharma-Sastra o Leyes de Manú 1.300 años mas viejas que la Era Cristiana, son fecundas en disposiciones administrativas de la importancia del agua en su época. Así que en el Libro IV se lee como norma ética la que "un hombre rico haga siempre sin descanso y con fé obras caritativas, como cavar un estanque o un pozo, o construir una fuente pública", así como también el que, "da agua obtiene contento". Y si en la legislación mosaica vemos aparecer el concepto de aguas privadas, es sorprendente encontrar en esta otra el de aguas públicas. En ese orden de ideas encontramos que el Rey cobraba peaje por atravesar los ríos; que la Ley imponía obligaciones al propio Rey, esto es, al Estado, respecto de las aguas públicas tales como las de "hacer vigilar las fuentes públicas con centinelas y patrullas y con espías".

La importancia económica y social asignada por esa Legislación a las aguas, trasluce al través del

riguroso sistema punitivo con que se aseguraba el goce común de las aguas públicas. Y así, hallamos primero - la simple sanción moral de considerar como "motivo de exclusión de la sociedad con la gente de bien" la venta de un estanque consagrado; después, la imposición de la multa de primer grado al hombre que desvíe en su provecho la corriente de un arroyo; luego, la condena a "una multa de un mashade oro y a restablecer las cosas en su primitivo estado", al "que destruye una fuente pública" y por último leemos que "el Rey haga ahogar en el agua al que rompa el dique de un estanque y ocasione la pérdida de las aguas, o le haga cortar la cabeza; o que si el culpable repara el daño, que sea condenado a la multa mas elevada". (4)

No se orea, sin embargo, que las Leyes de Mamí son las que nos remontan mas lejos en la investigación de la importancia histórica del regadío. Las inscripciones del Rey sumero, Gudea, que ejerció la hegemonía en la Baja Mesopotamia cuatro siglos (2492 A.C.) antes que Hamurabi, nos da cuenta de que, "hizo construir un nuevo canal y de que conservó en excelente estado el sistema de irrigación de los canalillos". Las mas nuevas del Rey Nabucodonosor I (siglo V, A.C.) contienen -

(4) Autor citado, obra 1b. pág. 39.

como maldición para los que borren el nombre del Rey o de un Dios la de que se le "llenen de fango los canales".

Si de allá pasamos a las civilizaciones que son fuentes mas cercana de la nuestra, encontraremos en Grecia cuyas diversas ciudades-estado vivían en un cerrado aislamiento impuesto por un estrecho localismo. Este se quebraba solo o con ocasión de las grandes fiestas religioso-deportivas o por motivo de los problemas de regadío que eran los dos únicos acontecimientos capaces de reunir a los griegos. Es así como en las Anfictionias, y principalmente la de Delfos, aparte de una finalidad litúrgica, tenían la de constituir tribunales interestaduales que resolvieran los conflictos de igual índole que creaba al regadío". (5)

Es por ello que el juramento de los estados aliados estipulaba la obligación que contraían de "no cortar ni en la guerra ni en la paz, las aguas que regaban".

(5) Autor citado, obra ib. pág. 40.

2.- DERECHO ROMANO

A. Estado Político y Social (1)

Durante los primeros siglos de nuestra era, tal y como lo había fundado Augusto, subsistía el Imperio - en un relativo estado de desequilibrio. El Emperador - había concentrado en sus manos los diferentes poderes - que la Constitución Republicana había separado; sin embargo, el Imperio seguía siendo en cierto modo, un estado federal. La condición de cada provincia, se regulaba diferentemente, por la Lex Provinciae; las clases sociales durante estos dos siglos, no variaron casi; los senadores seguían constituyendo una orden hereditaria y constituían una fuerza; los caballeros, jerarquizados - según su fortuna, constituían siempre una burguesía de hombres de negocios y especuladores y habían llegado a ocupar todos los puestos administrativos.

El siglo III señala una crisis tremenda de las instituciones imperiales; crisis que había de desarrollarse bajo la dinastía de los Severos (193-235). Na--

(1) Síntesis de los siguientes Autores: Paul Ourliac. - "Historia del Derecho" Puebla. Méx. 1952. M.Ortolan "Compendio de Derecho Romano". Editorial Atalaya. - Buenos Aires 1947. Pedro Bonfante. "Instituciones de Derecho Romano". Editorial Reul, Madrid 1929. Rodolfo Sohm. "Instituciones de Derecho Privado Romano". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, - 1936.

ció el Estado totalitario, de carácter militar, hostil a los ricos; era una monarquía oriental a la manera del Egipto tolemaico y de la Persia de los sasánidas, absoluta y teocrática: 1ª La monarquía asumió un aspecto teocrático y oriental; 2ª Los emperadores insistieron también en el carácter militar de su potestad; 3ª El gobierno, en fin, fue resueltamente hostil al Senado y a los ricos; la principal preocupación del emperador fue agradar al ejército y a la plebe romana. Haya lo que haya en estas manifestaciones, el período de los Severos (que por otra parte llevó a la ciencia del Derecho, a su apogeo) presenta todas las características de una época revolucionaria.

A la muerte de Alejandro Severo (235), se inicia la crisis mas espantosa del Imperio. Fueron los años terribles o el período de los 30 tiranos. La indisciplina del ejército coincide con un acrecentamiento de la actividad de los bárbaros en el Rhin y en el Danubio. Brotaron revoluciones por todas partes, y se dividió el imperio en 20 fragmentos. Este desorden político se agravó por una crisis económica y financiera.

Desde que fue electo Diocleciano, trató de hacer una obra innovadora. Hizo a un lado al Senado y el fantasma del pueblo romano y comprendió que no podía dirigir el Imperio. Concibió el régimen de 4 monarcas o

tetrarquía. El Imperio, que hasta entonces había sido unitario se dividió en 2 partes: el Imperio de Oriente y el Imperio de Occidente. Para cada una de ellas se propuso, con el título de Augusto, un Emperador. Posteriormente, los 2 Augustos nombramos dos Césares. En Derecho, el Imperio seguía siendo único; los dos Imperios tenían las mismas leyes, el mismo calendario. En caso de muerte de uno de los Augustos, el otro le sucedía - ipso-facto; cada Augusto tenía una supremacía efectiva sobre un César. Después de muchas vicisitudes, Constantino reconstruyó en su provecho la unidad del Imperio - que pronto compartió con sus hijos. La evolución que - principió con los Severos, se precipitó; el príncipe - aparecía como investido de una misión divina, y, a la - cabeza de un ejército de soldados y de burócratas, emprendió la reglamentación de toda la vida política, económica y religiosa.

1º. El carácter oriental y absoluto del Poder Imperial se acentuó mas aún. 2º. La Administración del Estado se identificó con la Corte Oriental: los siervos del Emperador se volvieron funcionarios públicos. 3º. Era un régimen de socialismos de Estado, y aún, un régimen totalitario. El Estado aumentaba el número de sus atribuciones, y aseguraba el cuidado de satisfacer un - conjunto de necesidades económicas y sociales de las -

cuales hasta entonces se había ocupado la iniciativa - privada. Desde el Reinado de Diocleciano, las corporaciones de artesanos, tomaron claramente el carácter de órganos económicos controlados por el Estado, y controlando a sus propios miembros. Al final todas las profesiones de interés público, se volvieron obligatorias y hereditarias. Se llegó hasta la tentativa de fijar legalmente, de una vez por todas, el precio de las mercancías, de los productos manufacturados y de los salarios.

B. Los Orígenes Cristianos.

La llegada del Cristianismo modificó por completo las relaciones del individuo y el Estado. Antigüamente la religión era cosa del Estado. El culto del Emperador sirvió de base, en una buena parte, para la - unidad del Imperio; la observancia de este culto, era - una función del Estado. El sacerdocio era una carga pública. El cristianismo, por lo contrario, echó por tierra las ideas reinantes. La nueva religión se anunciaba como universal, independiente de las fronteras de - los pueblos y de los Estados; era indiferente u hostil ante las funciones públicas. Los cristianos adoraban a un Dios único, y no podían, sin renegar de ello, hacer sacrificios al Dios Augusto o a la Diosa Roma. Los cristianos separaron a su Dios del Estado; a la religión -

del gobierno, al poder temporal del poder espiritual. - Al negarse a deificar al Estado, ofendían a la majestad imperial.

- - - -

Dibujada a grandes trazos la situación del Estado en la época del mas acusado florecimiento del Derecho en Roma, corresponde entrar a estudiar -en concreto- el régimen de las Cosas, para hacer, finalmente, unas - breves anotaciones sobre el tema objeto de este trabajo.

- - - -

C. Las Cosas.

Cosa, -sentido concreto- es una parte limitada del mundo exterior, que en la conciencia social está aislada y concebida como una entidad económica independiente. Objeto de los derechos reales en el Derecho Romano no puede ser sino la cosa en este sentido, es decir, la cosa material, el corpus, como dicen también - los romanos. Esta materialidad, requisito de la cosa, se presenta viva en la edad antigua: las cosas objeto - de los derechos reales eran verdaderamente visibles, - tangibles, o sea, sensibles en forma evidente y palpable; elementos como el gas y la electricidad eran desconocidos a los romanos, al menos como entidades económi-

cas y por lo tanto, como objeto posible de los derechos.

No son cosas las prestaciones, ni los servicios, y en general las llamadas cosas inmateriales, en las que se hallan comprendidas entidades puramente ideales.

En primer lugar, se distinguen las cosas susceptibles de relaciones jurídicas (*res in patrimonium* o mas a menudo en el lenguaje de los romanistas, *res in commercio*), y las cosas no susceptibles de relaciones jurídicas, (*res extra commercium*, *res extra patrimonium*). Llámense, además, *res nullius* las cosas comerciales que actualmente no son propiedad de nadie: *res derelictae*, aquellas cuyo dominio ha renunciado el propietario por abandono.

Las cosas *extra commercium* se distinguen: en *res humani iuris* y *res divine iuris*, según sea la norma terrena o divina (antiguamente el *fas*) la que las excluye del comercio.

Las cosas no comerciabiles *humani iuris* se distinguen, a su vez, en *res communes*, *publicae*, *universitatis*.

Cosas comunes (*res communes omnium*) son aquellas que se reputan no susceptibles de la apropiación individual o de gestión económica; por lo tanto, no son reguladas por el Derecho, sino dejadas al uso de todos y la -

perturbación causada por un individuo en el goce de -
ellas es perturbación personal, que se reprime con la -
actio iniuriarum. El concepto, de origen filosófico y
retórico es muy popular, por fundarse en la naturaleza,
y por su mismo carácter vago, pero en el fondo es por-
que las cosas no susceptibles de apropiación -los astros,
la luz del sol- no tienen valor económico ni jurídico,
y en sus aplicaciones, turbio e híbrido. Cuenta entre
las res comunes al aire, que era objeto verdaderamente
no susceptible de aislamiento y de apropiación en la edad
antigua, el agua corriente, (aqua profluens) que desde
el punto de vista jurídico es propiedad pública o priva-
da, según la naturaleza del curso; el mar que es res pú-
blica, por lo menos en los límites territoriales, y la
orilla del mar que es también res publica. La orilla -
del mar es definida como aquel espacio hasta el extremo
del cual pueden extenderse las mayores ondas invernales.

La orilla del mar, es, sin embargo, objeto de
un régimen particular. En ella no solo es ciertamente
lícito pescar, poner las redes, etc., lo cual forma par-
te del uso común o público, sino que también puede con-
struir a condición de que no se impida el uso público y -
se obtenga (al menos en el Derecho Justiniano) el per-
misso de la autoridad, pero destruido el edificio, el -
suelo vuelve a ser común. Además, las cosas inanimadas

unventae in litore maris, son libremente ocupables.

Res publicae son las cosas susceptibles por sí mismos, (teniendo siempre en consideración la economía social) de apropiación y de gestión económica, pero reservadas por el Derecho positivo, para fines de utilidad pública, para uso general de los ciudadanos; tales son los ríos públicos que son por Derecho Romano, todos los ríos perennes, las orillas de los ríos, los puertos, las vías públicas. Lo mismo se dice de las res universitatis, que son las cosas destinadas para el uso público de los habitantes de una comunidad como los teatros, los circos, los edificios públicos, las calles de las civitas.

Las res divini iuris, son aquellas sustraídas al comercio para el fin divino para el cual fueron destinadas. Se distinguen en res sacras, res religiosas, res sanctas, terminología bastante segura en las fuentes justinianas. Res sacrae son las cosas consagradas al culto, los templos, el área de los templos (aunque esté destruido el edificio), los donativos hechos a la divinidad. En un solo caso, o sea cuando se trate de reunir fondos para el rescate de prisioneros, Justiniano permitió enajenar o someter a prenda, cosas sagradas. Res religiosas son los sepulcros y los objetos enterrados en ellos. Res Sanctae son los muros y las puertas -

de la ciudad, antiguamente quizá los límites de los campos.

Todas las res divini como las res extra commercium humani iuris, por ser sustraídas a las finalidades económicas, no pertenecen a la propiedad de nadie: nullius in bonis, las llaman los jurisconsultos.

La tutela que sobre ellas ejerce el Estado es según opinión de Bonfante, una emanación de la soberanía, concepto paralelo a la propiedad, por lo que se explican algunos efectos análogos. En cuanto a las res religiosas, son también objeto de un Derecho privado, de vigilancia y de culto, ius sepulchri, y en el nuevo derecho, bajo la influencia cristiana, la rígida concepción extra-patrimonial de las res religiosas casi ha desaparecido.

- - - -

Y en cuanto a Aguas, se distinguían:

a. Aguas Públicas: Se hallaban directamente al servicio de todos, y sobre ellas es imposible constituir derechos individuales de carácter privado. Su disfrute y aprovechamiento está protegido por la vía administrativa, y mediante dos interdictos especiales: interdicto privatus, que se concede personalmente al perjudicado; y la interdicta popularia, como ej., el "ne quid flumine publice fiat".

Se encontraban fuera del comercio y eran por lo tanto, inalienables e imprescriptibles. Su utilización podía ser, por lo general, valorada económicamente.

Dentro de estas aguas públicas, se encuentra una división capital:

a'.-- Aguas Públicas Navegables o Flotables: Que son las aguas públicas propiamente dichas, y a más de estar afectadas a los servicios de uso doméstico, - abrevadero, tenían una importancia fundamental para la navegación, y de ahí el porqué estaba prohibido el construir obras dentro de su lecho; excepcionalmente, el Pretor podía conceder un permiso para que se construyesen presas de agua u otras de este tipo.

b'.-- Aguas Públicas No Navegables: Las que constituían lagos y estanques, se consideraban como patrimonio privado del Estado. Las del "ager publicus", eran consideradas, de una manera abstracta, como de pertenencia del Estado, y podían ser objeto de cesión al primer ocupante y de convertirse en privadas.

En general, puede decirse que estas aguas, dada su inaptitud para la navegación, se tenían como superfluas, y podían ser dadas en concesión a los particulares. Dentro de estas corrientes, los propietarios ribereños podían constituir, libremente, las aguas que quisieren, ya que los casos excepción eran muy pocos, -

aun cuando debe decirse con claridad que aún en este su puesto, las riberas de los ríos eran de propiedad estatal, y por tal circunstancia, se podían usar por ribereños o no.

El desvío de las aguas de una corriente navegable o de un afluente suyo, estaba totalmente prohibido. No sucedía lo mismo, en tratándose de corrientes - no navegables, ya que se toleraba aquello, inclusive para fines de irrigación.

b. Aguas Privadas: Eran aquellas corrientes - de agua que hacían o discurrían por predios o canales - de dominio privado. Al igual que el agua, los cauces y riberas -solamente en las aguas privadas, no en las - otras-, eran de propiedad del respectivo dueño de la ribera.

Las fuentes eran, igualmente, de propiedad - privada. Para saber hasta dónde las aguas dejan de ser fuentes, y entran jurídicamente en la categoría de ríos, -bienes públicos, navegables, no navegables- se atiende a las prácticas establecidas entre los habitantes, considerándose como río el caudal de aguas corrientes que tradicionalmente se venga utilizando por todos en común. No existe concepto intermedio entre fuente y río. Lo - que hoy llamamos "arroyo" no constituye, en realidad, -

concepto jurídico aparte; los arroyos son rios pequeños e fuentes grandes, según la aplicación tradicional que se les dé caso. Finalmente, las aguas alumbradas no son tampoco objeto susceptible de derechos especiales: - consideráanse parte integrante del suelo, y por consiguiente, el propietario de una finca tiene derecho a alumbrar aguas en su predio, aunque prive de ellas al vecino, - siempre que no lo haga con intención malévola, pues entonces, el uso de su derecho degenera en abuso. Sin embargo, en los textos no aparece muy clara la distinción terminológica entre los conceptos apuntados.

Finalmente se dirá que las aguas se reputaban bienes muebles. Sin embargo y atendiendo a que entendían que agua y fundo que beneficiaban constituían una sola cosa, pues entonces podía recaer una hipoteca. Y es que el sistema era congruente: podían darse en garantía, por cuanto debido a que se consideraban privadas, pues entonces estaban dentro del comercio; y, por ende, también actuaba la institución de la prescripción.

Subráyese que la distinción de los romanos - era la mas lógica y perfecta que se haya conocido, porque las aguas públicas estaban reguladas por estatutos de derecho público, y las aguas privadas, por leyes civiles ordinarias que regulaban la propiedad privada (2)

(2) Gay de Montella y Masso E., ob. cit., pág. 17.

3.- DERECHO INTERMEDIO MODERNO

Con la caída del Imperio Romano, vino un nuevo concepto. Es el conocido con el nombre de Teoría Jurídica de las Regalías que comenzó bajo la dominación - Logobarda, y se prolongó hasta fines del siglo XVIII.

Para comprender exactamente la situación en - que las aguas fueron tratadas en aquella oportunidad, - se hace menester dar breve información acerca del sistema feudal que imperó -junto con la Monarquía- durante - todo aquel lapso (1)

A. Sus elementos:

La organización llamada feudal existió con características particulares, en toda Europa Occidental. También ha existido en otras partes; en el Japón, por ejemplo, donde ha perdurado una feudalidad muy poderosa durante siglos, y que no se abolió sino hasta 1867.

El feudalismo fue, a la vez, una organización social y política. El aspecto social es el que caracte

(1) Síntesis de los siguientes autores: Brunner-v.Schwerin, "Historia del D.Germánico", Editorial Labor, S. A., 1936. B.Bruggi, "Instituciones del D. Civil", México, 1945, Uteha. Paul Ourliac "Historia del Derecho", Puebla, Méx. 1952.

riza especialmente el sistema feudal; el aspecto político se designa mas particularmente con la expresión de - régimen señorial. No son sinónimos los dos términos; - el feudalismo y el señorío se encuentran perpetuamente entremezclados.

Tres hechos caracterizan el régimen político de la época carolingia: la concesión de beneficios por los grandes, la constitución del vasallaje y la usurpación de las funciones públicas. Los dos primeros fenómenos son el origen de la constitución del agrupamiento feudal; el tercero explica la formación de los señoríos.

B. El Agrupamiento Feudal.

El feudo es como la célula del sistema feudal. Reducido a su mínima expresión, no es otra cosa que un terreno o un derecho inmueble, concedido con la carga - de ciertos servicios por un hombre que toma el nombre - de señor del feudo, a otro hombre que toma el nombre de vasallo. El feudo es, pues, un contrato mezclado de - elementos reales, -que recuerdan la concesión del beneficio- y de elementos personales, que recuerdan el vasallaje carolingio. Desde el momento en que las relaciones reales y las personales se estimaron inseparables, nació el sistema feudal.

a. El elemento real. Consistía, normalmente, en la concesión de una tierra. Esta concesión, por lo demás, era frecuentemente ficticia. Muchos propietarios libres deseaban entrar a la vasta organización de solidaridad y de asistencia que constituía el feudalismo; - para ello, aportaban las tierras que poseían, libres de todo derecho, a un señor y éste se las devolvía inmediatamente.

b. El elemento personal. Resultaba del contrato mismo cuya ceremonia esencial era la prestación - del homenaje. El mismo señor concedía feudos generalmente a varios vasallos. Mas todavía: el que había recibido un feudo y se comprometía a servir a un señor, - poseía, él mismo, generalmente, vasallos que le había - ofrecido iguales servicios, y así en adelante. El feudalismo se caracterizaba, justamente, por esta jerarquía que ligaba a todos sus miembros, unos con otros; cada - uno podía ser vasallo de uno mas poderoso que él, y señor de uno menos poderoso. La generalidad de estas relaciones había de compliar singularmente esa jerarquía. Desde luego, frecuentemente resultaban anomalías que dependían de la formación misma del sistema. Había peajes o derechos de justicia enfeudados como las tierras mismas; era frecuente que un señor soberano dependiera, en el ejercicio de cierto derecho, de un señor mas dé-

bil. Pero toda la jerarquía iba a dar al Rey que se calificaba de "señor feudal por encima de todo".

C. El Señorío.

Al mismo tiempo que se elaboraba la jerarquía feudal y que se generalizaron las concesiones de feudos, se produjo otro fenómeno mas característico todavía: se descompuso el Estado. Se constituyeron grupos sociales restringidos, los señoríos; cada uno de ellos formó un elemento social autónomo; en el estrecho cuadro del señorío, el señor, sin delegación de persona, exigía el servicio militar, impartía justicia, y percibía los impuestos. Aprovechaba todo ésto para someter a las poblaciones rurales. Siendo al mismo tiempo propietario, encontró nuevos derechos a título de señor. El desmembramiento del poder público se operó en la época carolingia; los funcionarios reales, duques o condes, y hasta obispos y abades, usurparon insensiblemente las facultades que tenían del Rey, ayudados lo mas a menudo por la inmunidad que les había concedido.

D. Condición de las clases rurales.

Las poblaciones rurales, habituadas siempre a obedecer, iban a agruparse alrededor del poseedor del castillo (el señor), en los días de peligro; consien-

tes de la ayuda que recibían, procuraban garantizar su seguridad consintiendo en restricciones de su libertad. Muchos campesinos entraban al ciclo servil, sufrían pérdidas de derechos diversos y, en muchas regiones se convertían en siervos.

E. Condición de las tierras.

En la época feudal la condición de las tierras se caracterizó por el sistema de las "tenencias". Eran tierras en las que las ventajas de la propiedad se dividían entre el concedente y el terrateniente o tenedor. El feudo, tenencia noble, sucedió al beneficio carolingio; el censo, tenencia plebeya y la tenencia servil, (que - en poco diferían) sucedieron a las tenencias domaniales y a las precarias. La tierra, libre y franca, no pertenecía sino a un único propietario en caso de alodio, lo que era una rareza. Todo el sistema feudal se basaba - en esta organización original de la propiedad que persistió con muchas atenuaciones hasta la Revolución.

F. El Feudo.

El régimen de los feudos varía según las épocas y según las regiones. Nunca ha tenido la noción - del feudo una perfecta nitidez de contornos. Se daban en feudos derechos útiles para asegurar la administración; el vasallo era el siervo, el sargento del señor

cedente; también se daban en feudo derechos de peaje, - una porción de un recinto fortificado, iglesias y rentas eclesiásticas, y a partir del siglo XI, hasta sumas de dinero.

G. Cartas de Inmunidad. Privilegios o Fueros

Porque estas cartas de inmunidad, privilegios o fueros se ejercitaron igualmente sobre las aguas, debe significarse que ellas se concedieron a los grandes propietarios, -y también a los establecimientos eclesiásticos-. Tenían por objeto hacer de sus dominios una especie de recinto reservado, prohibido a los agentes del poder público.

Había dos clases de diplomas concernientes a la inmunidad:

a. Donaciones de tierras fiscales; el beneficiario tenía derecho a disponer del dominio tal y como lo recibía; es decir, enajenarlo con su inmunidad;

b. Diplomas de inmunidad propiamente dichos: concesiones hechas a un personaje nominal designado, para todos sus bienes, y a los de su monasterio. En uno y otro caso, la concesión no era personal para el beneficiario, sino real; la inmunidad era un derecho real - que adquiría el propietario al mismo tiempo que el suelo, y del cual disponía junto con la tierra, por autori-

nación especial del Rey, dada de una vez por todas.

- - - -

Reflejo apenas natural del anterior orden de cosas, encuéntrase que los señores feudales gozan de la propiedad y jurisdicción sobre las corrientes de agua, sin discriminación de ninguna especie. No existía -no podía existir- diferencia entre aguas públicas y privadas; aguas navegables o no navegables.

Bien es cierto que en la práctica, este derecho de propiedad no lo ejercitaban en forma absoluta, - en el sentido de que les era físicamente imposible controlar todas las aguas que se encontraran dentro de la zona objeto de su feudo. Así, las corrientes pequeñas que para aquellos terratenientes no significaba mayor - importancia, eran utilizadas por particulares dentro de precarias condiciones. Estos concesionarios inicialmente no tenían sobre las aguas mas que el dominio útil de las mismas, mientras ellos vivieran. Pero con Hugo Capeto, los beneficios concedidos pasaron a ser patrimoniales y hereditarios, convirtiéndose de simples beneficios en feudos con derecho a regalías. Por obra de la transformación política -brevemente reseñada- nació la propiedad absoluta -ya aludida- en cabeza de los señores feudales.

- - - -

Parecía necesaria e inevitable la liquidación del feudalismo; la reclamaban los filósofos y también los campesinos, cuyas quejas se expresaban en los cuadernos de los estados. Además, en numerosos lugares, durante la primavera y el verano de 1789, bandas de campesinos se aprovecharon del estado de anarquía que reinaba y fomentaron disturbios; quemaron los castillos y destruyeron los títulos de los señores. El mal tomó proporciones tan temibles, que la Asamblea debió detenerla. Fue la supresión lisa y llana la que francamente proclamó la Convención en su decreto de 17 de Julio de 1793. El mismo decreto prevenía, además que se quemaran todos los títulos feudales.

Hacen su aparición los nuevos principios constitucionales, a instancias de los escritores del siglo XVIII: la soberanía nacional y la separación de los poderes. La primera residía en el cuerpo entero de la nación, y no podía residir en otra parte. Agregando Rousseau que esta soberanía era inalienable. Montesquieu, por su parte, sostuvo un principio -que luego fué incluido en la Declaración de Derechos del Hombre- y que sentenciaba así: Toda sociedad en la que no se asegure la garantía de los derechos, ni se determine la separación de los poderes no tiene Constitución.

Pero se dijo mas aún: La fuente de todo dere

cho está en el individuo, porque solo él es un ser real y libre y responsable. Conforme a derecho y conforme a la razón, únicamente en su interés es como debe funcionar la sociedad política. Posee derechos individuales que son oponibles aún al Estado. Esos derechos, de los que a veces se han dado listas, mas o menos largas, pueden reducirse a: La Igualdad y la Libertad.

Con este fermento individualista se abre el - Siglo XIX. Y, como tantas veces se ha dicho, la legislación que se dictare no podía ser sino el reflejo de - aquellas nuevas concepciones políticas.

Y viene una obra fundamental en el campo del Derecho: El Código de Napoleón de 1804, que informa la totalidad de las normas dictadas durante el resto del - siglo, en todos los países que se consideran influenciados por el sistema romanista. Y a este paso, no se escapan ni siquiera las leyes que regulan cosas públicas, como en el caso de las Aguas. Díganlo si nó, la Ley de Aguas de España de 13 de Junio de 1879, con su antecedente, la Ley de 3 de Agosto de 1866; Leyes de 29 de - Abril de 1845 y de 21 de Julio de 1847 sobre irrigaciones, de Francia, en unión de la fundamental sobre la materia que es de fecha 8 de Abril de 1898; Ley de 28 de Agosto de 1913 de Bélgica; etc. En todas ellas se nota una influencia acentuada de los principios civilísticos

y si no hay injerto directo de normas extraídas del Código Civil a estos estatutos sobre cuestiones hídricas, entonces viene la declaración del legislador en el sentido de remitir al investigador, directamente al Código Civil para que éste resuelva situaciones o conflictos - en los que se hallan en juego los intereses públicos, - razón por la cual los principios del Derecho Civil deben ser ajenos.

Hoy se tienen otros horizontes: Ya ha pasado la época en que el Derecho Civil podía creerse la única poseedora de la clave de todas las cuestiones jurídicas que merecen consideración. (2)

(2) Otto Mayer, "Derecho Administrativo Alemán", 1951, tomo III, pág. 107.

4.- LEGISLACION ESPAÑOLA PARA LAS INDIAS.

Comoquiera que la legislación de Indias no -
significó un simple trasplante del derecho castellano,
que apenas rigió en las colonias españolas de América -
con un carácter supletorio, sino que fundamentalmente -
fue una elaboración de síntesis entre las concepciones
jurídicas peninsulares y las costumbres indígenas y las
necesidades de las nuevas colonias, se hace indispensable
una breve alusión a estas fuentes que configuran el
derecho indiano (1)

A. Antiguo Derecho Español.

El Derecho Español antiguo, especialmente el
contenido en las famosas Siete Partidas, estuvo impreg-
nado, respecto de las aguas, de un criterio público que
vinculaba su uso a la comunidad. Dentro de las pocas -
disposiciones sobre el particular, contenidas en las -
Siete Partidas, se destacan las siguientes:

A. Partida 3ª., Título 28, Ley 6ª.: "Los ríos
y los puertos, y los caminos públicos, pertenecen a to-
dos los hombres comunmente, de tal manera que también -
pueden usar de ellos los que son de otra tierra extraña

(1) Consejo de Estado de Colombia, 19 Diciembre 1946.

como los que moran o viven en aquella de son".

B. La Ley XV del Título V de la Partida 5ª., decía: "El hombre libre y la cosa sagrada, o religiosa o santa o lugar público así como las playas, y los caminos, y los ríos y los puentes que son del Rey o del común de algún consejo, no se pueden vender ni enajenar".

C. La Ley III, Título XXVIII, Partida III, dice: "Cuáles son las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas?. Las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo son éstas: El aire, las aguas de la lluvia, el mar y su ribera; cualquier criatura que viva puede usar de cada una de estas cosas, según que le fuere menester".

Esta carácter común que tenían las Aguas en las Siete Partidas no se pierde, sino que por el contrario, se afianza con el descubrimiento del Nuevo Mundo, su conquista y colonización. Como quiera que las causas que determinan el reformamiento del carácter común de las aguas se explicará un poco más adelante, basta por ahora confrontar el texto de las Siete Partidas, con otros textos de la legislación de Indias, como por ejemplo, con la Ley VII del Título XVII, del Libro IV - que dice así:

Ley VII: "Que los montes, pastos de las tierras de señorío sean también bienes comunes". "Los mon

tes, pastos y aguas de los lugares, y montes contenidos en las mercedes que estuvieren hechas o hicierámos de - señorios en las Indias, deben ser comunes a los españoles e indios. Y así mandamos a los Virreyes y Audiencias que lo hagan guardar, cumplir".

Las citas anteriores demuestran que el viejo derecho peninsular está saturado de principios comunitarios, habiendo comprendido los rios y las aguas en general, dentro de los bienes que pertenecen a todos los individuos que integran la sociedad, sin que nadie pueda alegar sobre ellos dominio particular y exclusivo. Esta característica tradicional no chocaba con las prácticas indígenas que encontraron los castellanos en el Nuevo Continente. Por el contrario, en América predominaban sociedades de un pujante sentido comunitario en su organización. Dentro de ese ámbito propicio, la vieja legislación española se renovaba, revitalizando sus principios seculares sobre la existencia de estos bienes que pertenecen comunamente a todos. Estos bienes comunes se adscribían a la Corona, y su propiedad se personificaba en el Príncipe. Sobre el particular el profesor Sabino Alvarez-García, en su Manual de Derecho Administrativo, dice: "Nuestro Vázquez de Menchaca, al escribir de los bienes de la Corona, que se personificaban en el Príncipe, alude a la doctrina que se inicia -

en los siglos XII y XIII; dice que estos bienes pertenecían al patrimonio público, como eran las ciudades, las morallas, las carreteras, los puentes, etc. Las aguas y los ríos eran considerados también como incompatibles de enajenación, pero por su naturaleza, y no por su destino".

B. Costumbres Indígenas.

Los estudios históricos y sociológicos contemporáneos sobre las principales culturas indígenas de América demostraban que estaban constituidas sobre la base de clases, o sea, de grupos consanguíneos, frecuentemente de carácter cognaticio y exogámico, con derecho comunitario sobre la tierra. Estas clases se denominaban AYLLUS entre los Incas, CALPULUS entre los Aztecas y existieron entre los Chibchas, sin que se conociera la palabra indígena que los particularizara. El derecho colectivo de propiedad sobre la tierra en cuanto respecta a los indígenas que poblaban el territorio de Colombia, se demuestran entre otros motivos, por el resurgimiento de los resguardos bajo su organización colonial, y su prolongación dentro de la República. El resguardo desde el punto de vista que interesa para este estudio, es un grupo social indígena, probablemente clan o tribu

al cual la Legislación de Indias y posteriormente la legislación republicana, le reconocieron el derecho colectivo de propiedad de las tierras que ocupaba. Una práctica indígena comunitaria fue así verificada y reconocida por las legislaciones colonial y republicana. El disfrute de la tierra por el grupo indígena en una forma colectiva implica necesariamente el uso de las aguas en el mismo sentido comunitario. La persistencia y el reconocimiento de estas prácticas electivas sobre las aguas, pastos y montes, en la organización colonial hispano-americana, lo explica el profesor José María Ots Capdequí, en su libro "El Estado Español en las Indias" en los siguientes términos:

"Desde los mismos tiempos de los primeros descubrimientos se ve a los legisladores españoles preocupados por mantener y fomentar en las Indias la existencia de bienes comunales. Fué éste el principio que más persistentemente influyó en toda la política colonizadora del Estado Español, en estos territorios. La experiencia varias veces secular, adquirida en la Metrópoli en la lucha por la Reconquista Nacional, había puesto de relieve la importancia económica de la existencia de bienes de aprovechamiento común, -montes, pastos y aguas- para conseguir la repoblación de las comarcas ganadas a los árabes".

"Por lo tanto, en las Capitulaciones, como en las Reales Cédulas y Ordenanzas de nuevo descubrimiento y población, se dictan a este respecto, preceptos reiterados. A la nueva población, dicen las célebres Ordenanzas de Felipe II, de 1573, se ha de señalar ejido - "en la competente cantidad, que aunque la población vaya en mucho crecimiento, siempre quede bastante espacio a donde la gente pueda salir a recrear y salir los ganados sin que hagan daño", confirmando que junto a los ejidos se habían de señalar las dehesas "para los bueyes - de la labor y para los caballos, y para los ganados de la carnicería, y para el número ordinario de ganados - que los pobladores por ordenanza han de tener, y en alguna cantidad mas para que se cojan para propios del - Consejo".

La práctica del uso comunitario de las aguas por parte de los indígenas, a que hace alusión el profesor Ots, adquiere forma legal en la legislación para las Indias, donde se consagran aquellas tradiciones tanto para los españoles como para los indios. En efecto, la Ley XI, sobre riego de tierras, dice así:

Ley XI, Título XVII, Libro IV, (Del Emperador D. Carlos y la Emperatriz Gobernadora en Valladolid, a 20 de Noviembre de 1536).

Ordenamos que la misma orden que los indios tu

vieron en la división y repartimiento de aguas, se guarde y practique entre los españoles en quien estuvieren repartidas y señaladas las tierras, y para esto inter---vengan los mismos naturales que antes no lo tenían a su cargo, con cuyo parecer regadas, y se dé de cada uno el agua, que debe tener, sucesivamente de uno a otro, pero al que quisiere preferir, y la tomare, y ocupare por su propia autoridad, le sea quitada hasta que todos los inferiores a él, rieguen las tierras que tuvieron señaladas".

C. Carácter Común de las Aguas en el D. Indiano.

La legislación de algunas prácticas aborígenes, se hace presente en todas las Ordenanzas para las Indias, como puede observarse en los textos que a continuación se citan, tomados de la Recopilación de los Reyes de las Indias:

Ley V, Título III, Libro IV, (El Emperador D. Carlos y el Cardenal Tabera, gobernador de Talavera a - 15 de Abril, y en Fuensalida a 18 de Octubre de 1541. - La Emperatriz Gobernadora en Valladolid, a 8 de Diciembre de 1550. D. Carlos II y la Reina Gobernadora).

"Nos hemos ordenado que los pastos, montes y

aguas sean comunes en las Indias, y algunas personas - sin títulos nuestro tienen ocupada muy grande parte de término, y tierras en que no consiente que ninguno ponga corral, ni buhio, ni trayga allí su ganado.

"Mandamos que el uso de todos los pastos montes y aguas de las Provincias de las Indias, sea común a todos los vecinos de ellas, que ahora son y después fueren, para los que puedan gozar libremente, y hacer - junto a cualquier buhio sus cabañas, traer allí los ganados, juntos o apartados, como quisieren, sin embargo, de cualesquier ordenanzas, que si, necesario es parar - en quanto a ésto las revocamos y damos por ningunas y de ningún valor y efecto. Y ordenamos a todos los Concejos, Justicias y Regidores, que guarden y cumplan y - hagan guardar y cumplir lo contenido en esta nuestra - ley, y cualquier persona que lo estorbare, incurrirá en pena de cinco mil pesos oro, que sea executada en su - persona y bienes para nuestra Cámara..".

Al lado de esta disposición de carácter general, existen en las Leyes de Indias otras relacionadas especialmente con el reparto de agua a los indios. Tal por ejemplo, la Ley LXIII, relativa a la forma de nombrar jueces de aguas, y ejecución de sus sentencias, que dice así:

Ley LXIII, Título II, Libro III (D. Felipe II,

Ordenanza 78 de Audiencias de 1563,- D. Felipe IV en Madrid a 5 de Febrero de 1631 y 16 de Abril de 1636.

"Ordenamos que los Acuerdos de las Audiencias nombren jueces si no estuviere en costumbre, que nombre el Virrey o Presidente, Ciudad y Cabildo, que repartan las aguas a los indios, para que rieguen sus chacras y sementeras y abrevén los ganados, los cuales sean tales, que no les hagan agravio, y repartan las que hubiere menester; y hecho el repartimiento den cuenta al Virrey o Presidente, que nos le darán con relación de la forma - en que han procedido y mandemos que estos jueces no vayan a costa de los indios, y en las causas que conocieren, si se apelare de sus sentencias, se execute lo que la Audiencia determinare, sin embargo de su aplicación, por la brevedad que requieren estas causas; y si executado suplicaren las partes los admita la Audiencia en - grado de revista y determine lo que fuere de justicia".

Toda esta legislación tiene como origen unitario, el criterio de que las aguas son bienes comunes - que deben repartirse en beneficio de la colectividad. - El representante de esa colectividad, de conformidad - con el derecho indiano, era la autoridad española. Por esta circunstancia, las disposiciones que se han transcritas de las Leyes de Indias, se basan en que las aguas deben ser comunes a los españoles e indios, y su uso re-

glamentado por acuerdo de las Audiencias y con nombramiento de jueces especiales para el efecto. El Estado Español está onnipresente en todos los aspectos de la vida jurídica de las nuevas colonias y jamás hizo delegación de jurisdicciones, dejando todo en sus posesiones de América, bajo el imperio exclusivo y unificador de la Corona. No surgieron feudos ni marquesados, ni hubo parcelación de la soberanía estatal. Por esta circunstancia, y dentro de este marco que regía el desarrollo de las Colonias, debe considerarse que los derechos de la Comunidad a que se refieren las Leyes de Indias - estaban tuteladas por el Estado Español como representante de la sociedad que los amparaba reglamentándolos por medio de sus autoridades gubernamentales competentes. No es posible, por lo tanto, inferior que las fuentes - pertenecieron a determinada villa o aldea, pueblo o ciudad, español o indio.

Del derecho supremo de propiedad de las aguas que tenía el Estado Español, derivó el derecho a reglamentar las mismas.

Las Leyes de Indias autorizaban mercedes para los fines siguientes:

A. Menesteres domésticos y abrevaderos. (Ley V, Título XII, Libro IV; Ley LXIII, Título II, Libro III)

B. Para ingenios. (Ley VIII, Título XII, Li--

bro IV)

C. Para riegos. (Ley LXIII, Título II, Libro III)

Las mercedes eran revocables. Tenemos por bien y mandamos -decía la Novísima Recopilación- por las mercedes que se hicieron por sola voluntad de los Reyes, que se pueden del todo revocar. (Ley X, Título V, Libro III).

En las Leyes de Indias, no se dice si las aguas se pueden adquirir por prescripción; pero habiéndose establecido una comunidad en el uso del agua con eso solo quedó excluida la prescripción como medio de adquirir el dominio de las corrientes de agua, porque el dominio es un derecho absoluto y exclusivo, y lo absoluto y exclusivo se opone a la comunidad. Quien es dueño puede impedir que el otro use, y cuando es bien común, de él pueden hacer uso todas las personas. Estos son términos que se excluyen.

De esta situación se desprende que el carácter de bienes comunes que tenían las aguas bajo la legislación de Indias, como una fusión de principios semejantes españoles y de costumbres indígenas, se expresaba en su propiedad por el Estado y conducía a la Reglamentación de su uso por la Administración para beneficio de toda la sociedad, excluyendo por lo tanto, la prescripción -

para uso o abuso de un individuo o grupo de individuos en detrimento de los intereses de la comunidad en su conjunto general.

Las aguas, que como se vió, dentro de la Legislación de Indias se estimaron comunes y sometidas a una reglamentación de autoridades administrativas de la época, equivale, justamente, de acuerdo con su función social y su naturaleza a lo que hoy se llama bienes de uso público, o bienes públicos.

5.- EPOCA CONTEMPORANEA.

Las tendencias actuales -he llegado a concluir- se canalizan en tres direcciones principales:

A.- Búsqueda de un Estatuto Unico que encierre la totalidad de las normas referentes a la materia.

B.- Incentivos legales a la búsqueda y explotación de las Aguas Subterráneas.

C.- Nacionalización de las Aguas.

- - - -

A.- Puede decirse que es unánime el clamor de los estudiosos en esta materia en el sentido de que dentro de un cuerpo legal único, tengan cabida todas las disposiciones que en un momento dado constituyen la legislación vigente sobre Régimen de Aguas. Desde 1858 - se reclamaba (1) la necesidad de "...presentar reunidas y conservar siempre en un solo cuerpo todas las disposiciones que han de regir tan vasta materia, ordenándola, al efecto, en todas sus partes...". Casi un siglo mas tarde, se ha llegado a la misma conclusión encareciendo el que se provea "...un cuerpo de leyes (2) organizado

(1) "Toribio De Areitio, "Ensayo sobre la Legislación - de Aguas", Madrid, 1858, pag. 13.

(2) Francisco Pérez, "Condición Jurídica de las Aguas en el Ecuador". Quito, 1952.

y unitario en cuanto a su ordenación formal; y en lo esencial, que se le atribuya una importancia mayor a las aguas que el de una simple mercancía echada al azar al comercio privado...".

[illegible]

Ahora bien: Si el autor de marras distingue - entre "Legislación de Aguas" -que regle todas las incidencias en punto de Aguas- y "Legislación de Riego", la acotación formulada puede prohibirse. Pero si ello no es así, y la legislación hay que dictarla "consultando las modalidades regionales", ella estaría incurriendo - en un casuismo que hoy no se complace con el adelanto del Derecho, ya que el dictar normas para casos aislados

(3) Gay de Montellá y Masó Escofet. Tratado de la Legislación de Aguas Públicas y Privadas, Barcelona 1956 2 volúmenes, pág. 149.

dos corresponde a una época en buena hora superada; a -
mas de que esta materia específica sería mas bien obje-
to del reglamento de la norma superior -general y abs-
tracta- y nunca materia de ella.

- - - -

B.- La escasez de las aguas es problema cada
día mas apremiante, en todas las latitudes. La razón o
fenómeno causa de esta situación no corresponde estudiar
la aquí. Pero como lo cierto es que cada día que pasa
se ve con mayor frecuencia a los agricultores profundizar
la capa de la tierra de sus precios en busca de cau-
dales subterráneos para sustituir por medio de alumbramientos,
los caudales que no les concede la lluvia, ha
sido imperioso el proporcionar riego a las campañas ex-
trayéndolas de la tierra misma. Y merced al sistema de
explotación de aguas subterráneas, tierras antiguamente
inadecuadas para el cultivo, hoy han sido rescatadas pa-
ra la agricultura. El caso del Oeste de los Estados -
Unidos de América, especialmente en el Estado de Cali-
fornia, es suficientemente conocido.

Los romanos no tuvieron en mente estos proble-
mas. Y por ello, posiblemente, no legislaron sobre el
particular. Hoy debe anotarse que, por cuanto la "bus-
queda del agua, -factor inicial e indispensable para el
desarrollo de cualquier forma de vida-, estará en el -

primer plano de las preocupaciones humanas" (4) es halagadora la sincera aspiración de legisladores y gobernantes en incluir dentro de sus programas de política hidráulica el punto que dice relación al estímulo en la explotación del agua del subsuelo, siendo el propio Estado - quien también ha tenido que recurrir a este procedimiento, en busca de mejores reservas para consumo de poblaciones, regadío de cultivos, usos industriales, etc.

Además, tanto la Geología como la Ingeniería han aunado sus esfuerzos para que los estudios hidrogeológicos de conocimiento previo de la geología de una zona, la captación de aguas subterráneas con métodos eficaces, den un amplio margen de seguridad a los presuntos beneficiarios. (5) Razón la anterior mas que concluyente para que el Derecho -ciencia esencialmente dinámica- acomode sus normas a estas nuevas etapas a que nos ha conducido la técnica.

C.- Los interesantes conceptos que fueron producto de los acontecimientos políticos de finales del - Siglo XVIII y que sirvieron para conformar a su amparo Estados con normas peculiares que hoy son estudiadas co

(4) Felix Trombre, "Les Eaux Souterraines", versión española de Anancio Fernández, 1956.

(5) De la publicación de la Compañía española Pilson, - "Pilotajes y Sondeos, S.A.". Madrid, 1960.

no antecedente histórico, han sido sensiblemente transformados. Hoy, el Estado tiende cada vez mas a ampliar su radio de acción. Y aún dentro de los Estados mas ex-
todexos, sus mas caracterizados ideólogos y dirigentes aceptan como necesario el Intervencionismo Estatal.

En el campo en estudio, estas ideas han tenido clara incidencia; la legislación de Aguas debe orientarse (6) en el sentido de reconocer el interés colectivo como su esencial fundamento. Por tanto el dominio y los sistemas de aprovechamiento deben establecerse mediante un régimen que asegure a la Nación el dominio de las Aguas.

La sociedad se encuentra reciamente interesada en que la propiedad cumpla una función que ya ha sido calificada de social; que las relaciones laborales se desenvuelven dentro de un mínimo de garantías para los sujetos pasivos de la relación jurídico-laboral; que el agua sea aprovechada por quien realmente la necesita, ora porque carece totalmente de ella, ora porque las que le benefician le son insuficientes. En este último evento el interés (7) social de los rios ha movido a no

(6) Guillermo J. Cano, obra cit., pág. 255.

(7) Carlos García Oviedo, "Derecho Administrativo", 2ª. edición, pág. 732.

pocos legisladores a considerar, sin mas, pública su propiedad.

Y es que es tan importante el papel que juega en la producción y en la economía pública que debe ser eliminada (8) del dominio particular, y sobre todo, del comercio particular; advertido que para la producción agrícola e industrial, los individuos no necesitan ser dueños del agua; déseles el uso que es todo lo que les puede interesar, y, a base de esta idea central, légílese sobre aguas con equidad y buen sentido.

Es realmente estimulante el oír voces autorizadas que estiman que todo intento (9) de aprovechar al máximo la riqueza hidráulica debe partir de las siguientes premisas: 1^a. Naturalaza pública de todas las aguas; 2^a. Desvinculación del agua a la tierra (Subrayo).

Forsthoff llega a la misma tesis que se explica, por camino diverso: Entiende que por su naturaleza (10) las corrientes de aguas y las costas marítimas son cosas públicas, por ser esta propiedad jurídica inherente al objeto. O sea: que no es menester la decla-

(8) Francisco Pérez, obra cit. pág. 22.

(9) Sebastián Retortillo Baquer, "De las Administraciones Autónomas de Aguas Públicas", Universidad de Sevilla, 1960, pág. 27.

(10) Ernesto Forsthoff, "Tratado de Derecho Administrativo", traducción de la 5^a. edición, pág. 492.

ratoria de públicas por el órgano estatal competente, - ni apelar a la figura jurídica de las Cosas Públicas - por Afectación, para tener a las corrientes naturales - de agua como "destinadas por su misma naturaleza al uso general.." (11).

El procurar la máxima utilización de (12) los caudales hidráulicos nacionales por lo que respecta a - sus aplicaciones a la higiene, a la agricultura y a la industria y obtener a favor de la economía nacional y - en beneficio del Estado por la interconexión internacional de energía eléctrica, el máximo rendimiento de la - explotación de los caudales hidráulicos nacionales, son igualmente, fines que hoy se persiguen. Con la anotación de que, -estimo- ellos no participan de la misma - importancia y sustantividad de los arriba estudiados; - estas aspiraciones corresponden a elementales fines de estado en política de aguas.

(11) Ernesto Hortschoff, obra citada, pág. 484.

(12) Gay de Montellá y Massó Escofet, obra cit. pág.33.

CAPITULO II

DEL DOMINIO PUBLICO

Tradicionalmente los bienes han sido objeto de una gran clasificación: La que los distingue entre bienes públicos y bienes privados. División ésta que se basa en criterios diversos tales como la naturaleza de los mismos, destinación o afectación que tienen, etc., y que concluye en reconocer sobre los bienes privados el dominio por parte de los particulares, siendo entonces, por exclusión, bienes públicos los demás (1).

1.- Sin embargo, la noción de bien público -
-latu sensu- merece ser ampliada. Todo por cuanto es diversa de la de bien del Estado. Así como también es diferente el dominio del Estado y el Dominio Público. -
Así que puede tenerse como titular del dominio público

(1) Para Carlos García Oviedo, Derecho Administrativo, II edición, 1948, pág. 119, hay cuatro clases de bienes: los que por su distancia (astros) inmensidad (mar) o condiciones de inocupabilidad (aire) escapan a nuestra acción y que denomina Comunes; son cosas inapropiables. A lo sumo podría hablarse de estos casos, en algunos de ellos de una propiedad común, considerando a la humanidad como sujeto de derecho. Las cosas nullius son las que con aptitud de caer bajo nuestra acción, están todavía en estado de comunidad natural, esto es, fuera de toda apropiación, (peces, aves, tesoro marino, etc.) No son cosas inapropiables, como las comunes, sino inapropiadas. Y finalmente, los Públicos y los Privados.

al pueblo en general, representado por el Estado, al pa-
so que el titular del dominio del Estado, es directamen-
te el propio Estado.

Se ha entendido por dominio del Estado, el -
atributo por el cual éste ejerce el dominio frente a -
sus propios bienes, comportándose en forma similar como
los particulares frente a los propios. Una enumeración
exhaustiva de tales bienes es imposible de hacerse no -
solo por su heterogeneidad, sino por su cantidad que es
constantemente variable; basta señalar como ejemplo de
ellos, las fortalezas, los edificios públicos, el mate-
rial burocrático que utiliza la Administración, etc...

Dentro de estos bienes del Estado, deben dis-
tinguirse: A. Aquellos que prestan una utilidad pública
o se aplican al interés social; y B. Los bienes particu-
lares del Estado. Los primeramente señalados no podrán
ser enajenados bajo ningún pretexto, soliendo confundir-
se con los bienes de dominio público; tienen un *Uso Uti*
Singuli.— Los segundos, podrán ser objeto de venta, pre-
vio el lleno de los requisitos a que se contrae la le-
gislación fiscal respectiva, constituyen los bienes Pa-
trimoniales—propriamente dichos— del Estado, y su uso es
Uti Universi.

El doctor Laureano López Rodó(2), comentando

(2) El Patrimonio Nacional, Madrid, 1954, pág. 249.

a Colmeiro, y acerca de la clasificación de bienes en - del Estado y de Dominio Público, se expresa así: Los - bienes públicos (res publicae corresponden a la Nación en conjunto, por el derecho de soberanía, y todos los - ciudadanos los poseen y aprovechan ut singuli; los del Estado, (res universitatis), pertenecen a la Nación a - título de dominio y los posee y aprovecha uti universi- tas, esto es, como ente colectivo o persona moral públi- ca representada por su gobierno.

2.- En un sentido amplio, dominio público (3) es el que recae sobre las cosas que las personas de De- recho Público utilizan como medios materiales para la - realización de los fines que les están asignados, esti- mando en tal sentido amplio, que existe dominio público del Estado, dominio público de las provincias, etc.

Para la mayoría de tratadistas de Derecho Ad- ministrativo se consideran como bienes de Dominio Públi- co: A). Aquellos que por razón de su propia naturaleza, son susceptibles de uso por los asociados; y B). Los que en virtud de su destinación o afectación tienen la vir-

(3) José Gascón y Marín, Tratado de D. Administrativo, Tomo I, pág. 381.

tualidad de ser objeto de uso por la comunidad (4). Sin embargo, parece mas completa en este punto, la opinión del profesor español Carlos García Oviedo, (5) quien considera que el dominio público no solamente se da en los anteriores eventos, sino también cuando por la costumbre, ingresan ciertos bienes al Dominio Público, aunque no deja de reconocer que la "destinación" es el modo mas corriente y suele ir acompañado de la transformación de la cosa" (V.Gr., Cuando un terreno, luego de ciertas obras, se convierte en una carretera). Debe incluirse también, dentro del Dominio Público, el antiguo Patrimonio de la Corona, así como el Patrimonio Nacional, en los Países donde quepa aquella consideración(6).

Dejando para mas adelante la explicación de los apartes A y B, es suficiente decir en relación con la costumbre, que el uso genera la afectación al dominio público y así se encontrarán entonces los bienes públicos por destinación. (Numeral B). En verdad, no hay fundamento sólido contra la aplicación del principio de la prescripción adquisitiva (usucapión), por utilidad pública, en favor de la colectividad representada por -

(4) Garrido Falla, Forshoff, Bieksa.

(5) Obra citada, pág. 123.

la entidad pública respectiva (7).

Gastón Jèze no comparte la distinción de bienes públicos por naturaleza y por destinación. Opina - que solamente tienen la categoría de tales aquellos que desempeñen un papel principal en un servicio público - esencial. Así, por ej., los cuarteles, escuelas, palacios de justicia, etc., aunque indirectamente afectos a un servicio público, no forman parte del dominio público por cuanto el edificio -por ej.-, no juega en el servicio público, un papel principal.

Ahora bien: Hay momentos que las necesidades del organismo social no pueden ser satisfechas por el - Estado, aun con la plena utilización de sus propios bienes y también los del dominio público. Se requiere el concurso de los que se hallan bajo propiedad particular. Es obvio que en un caso como el presente, el concepto - de la propiedad absoluta debe morigerarse, ya que "si - negásemos (8) a la Administración la facultad de poner manos en estos bienes, en determinados casos y condiciones, quedarían profundamente resentidos los intereses - de la colectividad". Surge, entonces la necesidad de - afectar o de destinar bienes al dominio público.

(7) Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, tomo III, pág. 5

(8) Carlos García Oviedo, obra prec., pág. 181.

Dada la importancia y trascendencia que la - Destinación reviste, normalmente ella es decretada por el propio Legislador; excepcionalmente lo hace la Administración en forma directa, y siempre que para ello - tenga autorización previa. Ella es la intención de dar un bien al uso público o el funcionamiento de un servicio público, en forma tal que sin aquella, el funcionamiento o el uso resulte imposible.

Esta destinación carece de un sujeto directo a la que ella va dirigida; se refiere a una cosa, no a una persona y ni siquiera el propietario de la cosa puede ser considerado (o considerarse) como el destinatario. (9)

Si la afectación puede producirla el Legislador, es lógico suponer que también él puede desafectar un bien. Ella trae consigo efectos contrarios: es decir, el cese de la demanialidad. No implica, empero, - necesariamente, un cambio de titularidad, pues el bien en cuestión puede seguir perteneciendo -e incluso con - el carácter de inalienable- al patrimonio administrativo. (10)

(9) Ernest Forsthoff, Tratado de Derecho Administrativo, pág. 494.

(10) Fernando Garrido Falla, Tratado de D. Administrativo, pág. 453.

Mas el criterio de la finalidad es necesario, pero no suficiente, pues hay bienes destinados al servicio público y que, sin embargo, se encuentran en el patrimonio de los particulares o de la propia Administración. Piénsese en los inmuebles que se toman en arriendo a particulares y se destinan para escuelas, oficinas de juzgados, etc., Si en forma unilateral se aceptara el criterio en estudio, ellos serían bienes públicos, - lo que es desde todo punto de vista inaseptable. A la destinación hay que agregar el elemento subjetivo relacionado con la titularidad, que reside en la comunidad, representada por la Administración.

Equívocamente se afirma que el dominio público es un derecho de propiedad, en el sentido civilístico del término. Nada mas inexacto. El Estado, en el desarrollo de sus fines propios, no utiliza directamente, no en su provecho, la cosa (afecta a un servicio público, o al uso público), como ocurre en el campo del dominio privado; tampoco ejercita un derecho de dueño, sino que entra en actividad el poder público, ejercitando aquí sí- funciones de policía, de reglamentación jurídica, etc.

3.- Es preciso señalar ahora, las características del Dominio Público. Ellas son:

A.- Inalienabilidad.

B.- Inembargabilidad.

C.- Imprescriptibilidad.

- - - - -

A.- Inalienabilidad. Ningún bien de dominio público puede ser vendido, enajenado, cedido o trasladado. - La convención que se hiciere, tendría objeto ilícito, estaría viciada, y no engendraría derecho alguno en favor del presunto comprador.

Esta prohibición cubre inclusive al propio Poder Público. El único caso en que sería viable jurídicamente un negocio válido sobre un bien de esta categoría, sería cuando, previa autorización emanada de autoridad competente, y de acuerdo con el derecho positivo de cada Estado, la Nación tomara para sí un bien de la Provincia, (departamento) o Municipio, siempre y cuando satisfaga los requisitos propios de esta expropiación.

La explicación de esta prohibición de enajenación, de imposibilidad de prescripción en su contra, radica en la necesidad que la sociedad en general tiene - que todos los bienes afectos a su servicio estén permanentemente en disponibilidad, y que por ningún motivo - ni los servicios públicos, ni los usos públicos, vayan a sufrir menoscabo.

B.- Las cosas del dominio público, no pueden ser perseguidas dentro de juicio, ni tampoco de apremios judiciales, ni mucho menos de embargos y remate en pública subasta. Con ésto se está significando, necesariamente, que ellas tampoco podrán darse en garantía, - ni hipotecaria ni prendaria, y es imposible gavarase a - cualquier título.

Las afirmaciones predicadas con motivo de la Inalienabilidad, son valederas para esta situación. La sociedad que hace uso de los bienes de dominio público, no podía quedar sometida a la contingencia que envuelve una garantía, con su posibilidad de hacerla efectiva en cualquier momento, sustrayendo inmediatamente el bien - en referencia del beneficio que viene prestando, de la utilidad pública que cumple.

C.- Imprescriptibilidad. Las razones que militan en favor de las dos características brevemente señaladas, pueden apuntarse en este momento. No podrá alegarse, por tanto, ninguna de las figuras del Derecho Civil en cuanto a Prescripción, Usucapión de Buena o de Mala Fé, como causal para que prospere una acción determinada contra el Estado, representante de la sociedad.

Hay ocasiones en que dentro de los permisos - que la Administración concede - como adelante se verá - se ocupan por los permisionarios, bienes de dominio pú-

blico; esta ocupación y uso, por muy antiguo que sea, jamás podrá tener la virtualidad de conferir título alguno en favor del particular y en contra de la Administración. Así como no puede esgrimirse la prescripción en favor propio, si puede, en cambio, operar la prescripción en contra del particular, y a favor de la Administración. (11)

4.- Con relación al uso de los bienes de dominio público, la función estatal está constituida en orden a asegurar su auténtico uso y goce en beneficio de la comunidad. Compete estudiar, pues, las diferentes clases de uso que pueden tener las cosas públicas.

En forma sintética, se expondrán las tres clases de usos aceptadas por los autores.

(11) Para el autor Sabino Alvarez-Gendín, ("Manual de Derecho Administrativo Español"), Barcelona, 1954, - pág. 511, las características del dominio público son: A) Inalienabilidad. - B) Imprescriptibilidad. - C) Inembargabilidad. D) No son susceptibles de hipoteca. E) No están obligados a pagar contribuciones.

En cambio, para el tratadista Fernando Garrido Falla, (Tratado de Derecho Administrativo, 1960, pág. 456), las características del Dominio Público son: A. Incomerciabilidad, incluyendo dentro de ella la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inembargabilidad. B. La publicidad posesoria. C. La facultad de deslinde. D. La facultad de recuperación de oficio. E. La potestad sancionadora.

A.- Uso Común o Uso General.— El que se da - por todos los administrados, o al menos, por un sector no individualizado de personas.

B.- Uso Ordinario Especial (o simplemente Especial). Consiste en la utilización de la cosa pública, conforme a su destino, pero produciendo ventajas particulares y concretas. El derecho, en estos casos, no na ce para el usuario de su calidad de miembro de la comunidad, sino de una posición particular frente a la cosa. En verdad, se trata de una utilización contraria a las reglas generales dictadas para el uso del bien de que - (12) se trate, si bien, naturalmente, la posibilidad de ese uso especial está prevista. Es el caso concreto - del permiso para abrir huecos en las calles o calzadas.

La utilización del bien público, en estas condiciones, tiene los siguientes rasgos característicos:

a) Los actos que realiza la Administración en estas circunstancias, son meros actos de tolerancia con miras a un uso especial; el particular no puede alegar derecho alguno puesto que están tales facultades dentro del poder discrecional de la Administración.— b) Se trata de de actos administrativos unilaterales, sin que con ésto se quiera decir que se descarte totalmente la posibi

(12) Garrido Falla, ob. citada, pág. 498.

lidad de que el particular formule previamente una solicitud. c) Dado el carácter esencialmente revocable que registra este acto, la situación jurídica del beneficiario es de incontrovertible inestabilidad. d) Pueden imponerse o no, tasas o exacciones. (13)

C.- Uso Extraordinario. El que se realiza mediante la ocupación de una parte del dominio público, - en tal forma que quede excluida, al menos en cuanto a - ella, la utilización de los demás (14). Infinidad de - hechos de la vida ordinaria que pasan desapercibidos - constituyen ejemplos permanentes de este uso: el estacionamiento (o aparcamiento) de vehículos; los puestos o kioscos instalados en las vías públicas para venta de periódicos, revistas, etc.

Dentro de esta clase de usos, deben señalarse dos notas importantes: a) Ellos no obedecen a que el particular, motu-propio, resuelva tomar una cosa del dominio público y hacerlo servir para un fin que le puede ser beneficioso; ello depende de la voluntad de la Administración.- b). Conlleva la ocupación, por el benefi-

(13) Garrido Falla, ob. citada, pág. 498.

(14) Para García Oviedo, obr.cit. pág. 124, el uso extraordinario "sobreviene siempre que sin menoscabo del destino natural de la cosa ésta es utilizada - por algún particular para un fin que no sea el ordinario.

ciario, del bien de dominio público que fuere.

Existen dos variedades dentro de este Uso Extraordinario. Y que por tener honda incidencia con puntos que adelante se desarrollarán, -tales como la concesión de aguas- deben ser aclaradas suficientemente.

a). La autorización concedida por la Administración a un particular, para ocupar temporalmente un bien de dominio público para uso extraordinario, sin - afectación real del mismo y que toca a la cosa de manera superficial y pasajera. Esta autorización está condicionada por dos circunstancias: a': No puede contrariar el destino natural de la cosa; y b': No puede ser perpetua. Se trata, en síntesis, de una mera tolerancia de policía. Esta figura se le llama ordinariamente, PERMISO.

b). Diferente, desde el punto de vista jurídico, ya que no lo es fácilmente desde el punto de vista material, es la CONCESION. Al igual que El Permiso, es también una autorización concedida por la Administración a un particular para ocupar temporalmente un bien de dominio público con destino extraordinario, pero confiando un poder sobre la cosa.

Prima-facie, El Permiso y la Concesión de Uso

no registran mayores diferencias (15). Sin embargo, meditando en el contenido de cada una de ellas, se observa:

a'. La Administración, en desarrollo del poder de policía que posee, y que ejerce sobre las cosas del dominio público, otorga el permiso que, generalmente, tiene como fin el interés exclusivo y personal del peticionario: prima el interés particular sobre el general. En la concesión de uso, el concesionario puede reportar (y esta es la regla general) un beneficio directo; pero en forma indirecta, él repercute en la sociedad a que pertenece.

b'. El Permiso puede ser revocado en cualquier momento, y cuando la Administración lo tenga a bien. - Las razones, causas o motivos que hayan movido a la extinción de aquel beneficio, no pueden ser objeto de controversia por parte del particular afectado con la medida. En la Concesión de Uso, la cuestión no tiene el mismo tratamiento: Aquí el concesionario ha entrado en posesión de la cosa, y hay en su favor un atributo, un poder jurídico sobre el bien de uso público, cuya exis-

(15) Para Mayer, citado por García Oviedo, obr. cit., - pág. 127, la diferencia entre Permiso y Concesión de Uso, es por una intensidad jurídica que el primero no tiene: duración y posesión exclusiva.

tencia es necio desconocer. Por ello, el régimen de la extinción difiere con el anterior: La Administración -- no puede producirla en la forma sencilla que en el supuesto de los permisos. Aquí es imprescindible el que se haga con justos motivos, por razones claras de seguridad, menesteres imperiosos de interés público, necesidades motivadas por la salubridad o higiene, etc. Si la terminación de la concesión de uso se produce por razones pueriles, es indudable que contra aquella determinación cabrá oportunidad de demostrar inconformidad, con uso de los recursos pertinentes.

CAPITULO III

DE LA CLASIFICACION DE LAS AGUAS

1.- Universalmente es conocida la división - capital de Aguas Públicas y Privadas, que ha servido como fundamento a la casi totalidad de las legislaciones mundiales. (Debe señalarse como excepción conocida por el autor, la de la República de Israel). Es así como se encuentran leyes que en forma limitativa dicen qué clase de aguas pertenecen a una u otra división, (en Portugal, por ej., se enumeran taxativamente cuáles aguas son públicas, al paso que las aguas privadas simplemente se limita a definir las), existiendo también otras que enuncian las mas sobresalientes de cada una de ellas, dejando vacíos que luego deben llenarse por interpretaciones analógicas por vía jurisprudencial. Finalmente, pueden señalarse estatutos que toman para sí la totalidad de las disposiciones correspondientes que se encuentran en el Código Civil, ora por el medio de incorporarlas dentro del cuerpo mismo de la Ley o Estatuto respectivo, ora por remitirse a tal Código en forma expresa.

Ninguna de estas situaciones, es, ciertamente halagüeña. Varios son los motivos para pensar así:

No es labor del Legislador, el señalar uno por uno los distintos bienes que son materia de la norma -

que produce; ésto podría ser, mas bien, materia del reglamento, si la norma reglada autoriza tal procedimiento, como es de común ocurrencia que suceda. El hacerlo, a mas de ser antitécnico, tropieza con el riesgo de no incluir la totalidad de los objetos que se pretenden enumerar, por lo que juzgadores y particulares no sabrán con certeza si resignarse a aceptar la incompleta enumeración hecha o adicionarla, consultando el querer del autor.

Tampoco es conveniente trasplantar normas del Código Civil en forma masiva o remitirse a él, sin reparar siquiera la clara diferencia que existe entre las dos materias: Mientras el Código Civil tiene por deliberada finalidad presidir las relaciones privadas entre particulares, y nada más, las normas sobre uso y aprovechamientos de las aguas tienen, por ahora, materias propias del Derecho Público, mas exactamente, del Derecho Administrativo, el Derecho Internacional, y también de Derecho Civil, pero exclusivamente de éste.

Ahora bien: En punto de clasificación de las Aguas no se debe pensar que por estar ella incluída y desarrollada, generalmente, por el Derecho Privado, son los principios civilísticos los que se aplican en estas materias. Este criterio, por simplista, debe desecharse. Es imperioso encontrar un criterio científico -mas

exactamente, jurídico- que permita aceptar la clasificación tradicional, o relevarla, reemplazándola por otra, que consulte la realidad de la época en que se vive.

2.- En este orden de ideas, en el presente capítulo se expondrán las tendencias seguidas para respaldar la opinión usual de distinguir Aguas Públicas y - Aguas Privadas, para luego exponer el pensamiento del autor.

Estas tendencias que van desde las que atienden solamente a los fenómenos físicos de las corrientes hasta las que dicen relación a la utilidad de las mismas, son las siguientes:

A.- Aquella que, fundada en la cantidad de - aguas que lleva una corriente, la tendrá como privada - si lleva poca agua, para tener como pública la que tiene volumen mas considerable. Esta segunda cuando tenga un curso, o su discurrir sea lento, tomará la denominación de rio, a contrario de la que tiene curso tempestuoso que se llamará Torrente.

No resiste el menor análisis jurídico esta - posición. Se basa en hechos de la naturaleza, de significación y de extracción puramente físicas, que en nada se compeadece con el problema que se estudia. A mas de que el hacer una completa clasificación de los terren-

tes, rios y corrientes menores, en obra de suyo ponderoza, pero que para el jurista no cobraría ningún avance por cuanto encierra un irritante casuismo que repugna a todo criterio moderno en cuestiones de Derecho.

B.- En el Derecho Romano existió una tendencia fundada en las aptitudes de cada corriente para la navegación o no, y que se tomó en consideración en los propios textos de las normas dictadas. Efectivamente, se distinguió -como ya se vió- entre Rios Navegables y No Navegables. según sus condiciones y facilidades para las comunicaciones fluviales dada la importancia que ellas tenían. Con este antecedente, se han considerado como corrientes públicas, las que son susceptibles de ser navegadas; reputándose privadas las que no ofrecen perspectivas de navegación o flotación.

El fundamento en que descansa esta manera de pensar es totalmente ajurídico, como el que sirve de sustento a la tendencia arriba criticada. Por las mismas consideraciones, es del caso no aceptar la presente.

C.- Por razón de la naturaleza jurídica del predio por donde discurren. La anterior opinión se acerca mucho a la que informa el criterio de muchos Legisladores. Sostiene que, si las aguas corren por canales o predios de propiedad particular, ellas serán pri-

vadas; y, a contrario sensu, si los terrenos bañados o canales por donde pasa, son públicos, tales aguas serán públicas.

Tampoco es de prohibirse esta concepción. Una razón verdaderamente adjetiva --cual es la muy circunstancial de tomar en cuenta la calidad de las riberas, -- en cuanto a su propiedad-- alimentar una declaración de tanta trascendencia. Antes que atender a la importancia, destinación y utilidad del agua, se toma en cuenta una circunstancia puramente accidental.

A mas del sinnúmero de dificultades de orden práctico que se presentaría para saber exactamente cuando una corriente de extenso recorrido es pública o privada: o si puede dividirse por tramos tomando como base la propiedad del sitio por donde van pasando, ya que, -- aunque la suma de todos estos tramos corresponda a una unidad física inescindible, jurídicamente tiene un tratamiento diverso en cada sector. Finalmente, debe sumarse a todo lo anterior, la muy fundada posibilidad de cambio de curso del río, lo que viene a modificar radicalmente todo el régimen legal construido al amparo de la anterior situación.

Estas tesis, posturas doctrinales o tendencias han nacido con respaldo en circunstancias de hecho. Y ya se dijo porqué son insuficientes. De ahí el porqué

no se comparte la opinión de que "la definición del carácter público o privado de las aguas es, por sobre todo, una question de hecho". (1)

D. El criterio a seguir para la clasificación de las aguas lo da solamente el Legislador, al dictar - sus normas con aplicación en el ámbito territorial de - un país determinado. Así que para dilucidar una controversia de carácter jurídico sobre la calidad de unas - aguas (públicas o privadas), fácil expediente será recurrir a la regla positiva que en forma imperativa ha tratado el asunto.

Las legislaciones inspiradas en el Código Civil de Napoleón, altamente respetuosas del derecho de - propiedad privada, entendieron que las aguas nacidas en un predio particular deben ser privadas -y esto lo consagraron expresamente- siempre y cuando mueran en el - mismo. Pero si esta condición no se da, porque ellas - pasan a otro u otros terrenos, entonces perderán esa categoría y se tendrán como públicas. Alrededor de esta idea central, se construyó todo un sistema en que se - consagra desde la propiedad exclusiva de las aguas subterráneas, pasando por las minero-medicinales y las pluviales, hasta la posibilidad de usucapir las propias -

(1) Gay de Montellá y Cristobal Massó, ob. cit. pág.51.

aguas públicas.

Esta formulación aparece como anacrónica. En la tierra múltiples injusticias que sería prolijo enumerar. No atiende al alto interés que la sociedad tiene de que las necesidades de las poblaciones, de las industrias, de los regadíos, etc. se satisfagan en forma equitativa y eficiente. Desprecia el importante papel que juegan las aguas dentro de la sociedad moderna, por dar paso a un rígido concepto de soberanía de la propiedad privada que, está trocado por otro mas uniforme y que se adapta a las realidades del presente siglo, y que se ha convenido en llamar la función social de la propiedad. Toda agua tiene (2) un interés público, presente o futuro: - si nacen y mueren en una misma propiedad, ello no legitima su apropiación por el dueño del fundo porque el valor económico-social del agua es tan grande, sobre todo en las zonas de cultivos por irrigación artificial que es causa que justifica su afectación al dominio público de la comunidad. Lo común es que los dueños de las - aguas privadas abusen de su derecho, privando a los demás de la utilización de los excedentes, tal vez por temor a consagrar menoscabos al primero. El valor de la tierra, sin derecho a riego, en las zonas de regadío es

(2) Guillermo J. Cano, ob. cit., pág. 81.

tificial, es nulo. Se advierte entonces, el interés - del Estado en evitar la apropiación innecesaria de aguas privadas.

E.- Un verdadero avance en estas materias, representa la Teoría de Romagnosi (3), expuesta en su obra "Della Condotta Delle Azque". Sostiene que las corrientes públicas son aquellas que sirven a los usos públicos o de convivencia social ya por su caudal, capacidad de abastecimiento ciudadano, aprovechamiento agrícola, energía desarrollada, etc. Agregando que el carácter - de pública o privada de una corriente, "precede de la - relación solidaria y compleja que tiene o no con la sociedad". Finalmente, manifiesta que, las condiciones - que permiten predicar el que ciertas aguas son públicas, pueden reducirse a cuatro: a': Ser declaradas como tales por el Legislador; b': Presenten de hecho o en potencia, la posibilidad de ser usadas por todos los ciudadanos; c': Que den lugar no al derecho de propiedad, sino a un simple derecho de uso; d': Que sean susceptibles, una vez aprovechadas, de ser reintegradas a los - usos públicos.

Asiste razón a Romagnosi al estimar que deben

(3) Gay de Montella, ob. cit., pág. 45.

tenerse como públicas todas las aguas que coadyuvan a - la convivencia social. Pero viene un interrogante: Es que por acaso las aguas que nacen y mueren dentro de - una misma heredad no están en capacidad de servir a los usos públicos, de satisfacer las necesidades de vecinos, de prestar una verdadera utilidad?. Lo que precisamente las inhabilita para el beneficio social, no es cosa diversa a la consagración hecha por el Legislador de - que ellas son intangibles, como anticuada reminiscencia de la propiedad privada absoluta y soberana. Así que, como las unas y las otras tienen aptitud suficiente para encontrarse dentro de la "relación solidaria y compleja que tiene con la sociedad.." o sea por tierra la diferenciación tradicional.

Ahora bien: Las condiciones o requisitos que enumera como necesarios para que una corriente sea pública, no pueden tenerse como elementos constitutivos - de la noción de Aguas Públicas. Así por ej., el que - ellas puedan "ser reintegradas a los usos públicos" una vez que han sido aprovechadas, no incide en la esencia misma de la calidad de públicas, sino que es mas bien - una de las muchas obligaciones que la Administración - concedente puede imponer al concesionario. Igualmente, "el que no den lugar al derecho de propiedad, sino a un simple derecho de uso", no es cosa diversa a la secuen-

cia apenas natural del uso que se puede hacer de las cosas públicas que, precisamente por ser tales, no pueden jamás ingresar al patrimonio privado de los particulares.

CAPITULO IV

DE LA CLASIFICACION DE LAS AGUAS (CONTINUACIÓN)

-

1.- Aguas Marítimas (Mar Territorial) Habiendo sido el mar uno de los mas antiguos medios de transporte utilizado por los hombres para efectos de comunicaciones entre los pueblos, comercio entre los mismos, hacerse la guerra, etc., la atención hacia el régimen de normal uso del mismo fué verdaderamente especial. Surgió, al amparo de esta situación, la teoría de la Libertad de los Mares, basada en el Jus Communications, y que consistía en pregonar la necesidad de que todos los mares estuvieren abiertos para la navegación, sin que a las Naciones les fuere dable el entorpecer o desconocer aquel derecho. Fruto de aquella concepción fue la de considerar a los barcos en alta mar como no sujetos a jurisdicción alguna, sino única y exclusivamente la de la bandera que llevaran.

Sin embargo, desde el Siglo XIII, fue cosa aceptada universalmente, los derechos que corresponden al Estado costero sobre la zona que el mar baña. Esta faja, en principio, no fue señalada por actos o convenciones entre Estados; simplemente el acto soberano y unilateral de cada uno, era la regla imperante. De ahí el porqué existieran mares territoriales (aun cuando la expresión mas adecuada es la de aguas marítimas) de diferentes extensiones en una misma época. Pero a partir del Siglo XVIII se trató de adoptar un criterio único al

respecto. En su obra "Dominio Maris", Bynkershoek sostiene que la extensión de aquella zona no podría exceder del lugar donde cayera el proyectil disparado por un cañón y que normalmente se estimaba en tres millas.

El interés que reviste para la explotación de la riqueza marítima, los problemas aduaneros, fiscales, de inmigración, sanidad, guerra, etc., que con frecuencia se dan, resaltan por sí solos la importancia que este tema tiene. Pero él ha sido considerado como objeto propio del Derecho internacional. Por ello, el que me releve de su estudio a fondo. Basta agregar que sobre él ejerce el Estado su soberanía y jurisdicción, exactamente hasta donde se encuentra el "mar contiguo" que es la zona intermedia en la que se extingue el control terrestre y se inicia la libertad marina.

2.- Aguas Internacionales. Existen corrientes de agua que a lo largo de su curso, sirven de límite a dos o mas Estados, o bañan territorios de dos o mas Países. Por tal circunstancia, su régimen legal será diverso del atañadero a las corrientes que, encontrándose dentro de una Nación dada, tributan sus aguas a otras nacionales, o directamente al mar.

El tratadista Charles Rousseau (1) entiende -

(1) Charles Rousseau, Derecho Internacional Público, París, 1960. pág. 380.

por "aguas internacionales" aquellos "cursos de agua - que en su parte naturalmente navegable, separan o atraviesan territorios de diferentes Estados, "definición - que observo recortada, por cuanto deben considerarse como "rios internacionales" no solo la parte navegable de aquellas corrientes que "separan o atraviesan territorios de diferentes Estados", sino el rio en toda su extensión. A mas de que una corriente es o deja de ser - internacional, no por la facilidad que preste para la - navegación, sino porque los intereses de los distintos Estados pueden motivarse por otras razones: el que tales corrientes sean límites arcifinios, entre ellos; - por el interés que revistan para la construcción y explotación de obras de fuerza hidráulica; por las posibilidades de regadío que tenga dicha corriente, et sic de ceteris.

La denominación que también se le ha dado a - estas aguas es la de "Aguas Comunes", aun cuando es mas usual la de "Aguas Internacionales". Y si bien es cierto que el Derecho Internacional es la rama del Derecho que en detalle se ocupa de su tratamiento y reglamentación, vale la pena señalar en este trabajo, a mas de su noción, la importancia que tienen.

Se trata de aguas que, a diferencia de las marítimas, hacen parte del sistema hidrográfico de un Es-

tado. Y que, de hecho, son objeto de la jurisdicción - de dos o mas Países, aun cuando no en la forma ilimitada que cada uno de estos Estados lo hace en relación - con las aguas que cruzan su geografía.

Varias son las razones que resaltan su importancia:

A.- Son vía apropiada para la navegación cuando su caudal es de alguna significación. Sirviendo muchas veces como camino de salida al mar, en países que carecen de costas en éste, (caso de Bolivia y Paraguay en Sur América) o que, a pesar de tenerlas, resulta mas económica la salida de ciertos productos por la vía fluvial.

B.- Estas aguas pueden ser utilizadas en usos ordinarios relacionados con la satisfacción de necesidades humanas, riegos, abrevaderos de ganados, etc...,

C.- En la medida que puedan alimentar la fuerza hidroeléctrica de algunas de las Naciones ribereñas.

El uso y aprovechamiento de estas aguas es materia de agudas controversias entre los juristas. Hay tesis que proclaman la libertad absoluta de cada Estado para hacer el uso que a bien tenga de estas aguas, sin parar cuentas en los perjuicios (presuntos o ciertos) - que se causan a los otros Estados ribereños ya sea superiores o inferiores. Únicamente dentro de una errónea

y exorbitante concepción de la soberanía estatal podrían aceptarse aquellos planteamientos, difícilmente defensables en la actualidad. Otras, mas mesuradas y conciliatorias, aceptan la facultad que tiene cada Estado en - aprovechar tales corrientes siempre y cuando que aquella utilización no cause perjuicios a los restantes. En estas condiciones, no sería permitido desviar el cauce de un río, o contener una cantidad apreciable de sus aguas, si con ello se lesionan los derechos de otros.

- - - - -

Bajo un criterio que atiende mas a las circunstancias físicas que al aspecto puramente jurídico, y - muy especialmente a la forma como las aguas se encuentran en la naturaleza, así como también a su composición intrínseca, existen las siguientes clasificaciones:

3.- Aguas Vivas.- Aguas Corrientes.- Es de la esencia de las primeras, el manar, el fluir, Ellas son, pues, las que brotan por su propio impulso. Reciben el nombre de Aguas Corrientes, cuando se derraman - por la superficie.

4.- Aguas Muertas.- Por oposición a las vivas reciben el nombre de muertas aquellas que permanecen estancadas. La Ley Española de Aguas, en su art. 17,

siguiendo las enseñanzas del Derecho Romano, prescribe que ellas siguen la condición jurídica del predio donde nacen o se encuentran, así que ellas se encuentran en un terreno de dominio público, deben considerarse como de dominio público, agregando el mismo texto legal que "son de propiedad privada de los particulares, de los Municipios, de las provincias y del Estado, los lagos, lagunas y charcos formados en terrenos de sus respectivos dominios".

5.- Aguas Minerales.-- Deben distinguirse: A) Las Minero-Industriales, y B) Minero-Medicinales.

Son las primeras las que contienen en disolución sustancias útiles para la industria en general. Y minero-medicinales (o también Minerales), aquellas cuya constitución físico-química, les confiere propiedades terapéuticas.

No hay uniformidad en las legislaciones acerca de su propiedad. Mientras que en Perú (2) y Portugal (3)

(3) La Ley N^o. 9554 de 14 de Enero de 1942 en su artículo primero dice textualmente: Son de propiedad del Estado, de acuerdo con el artículo 37 de la Constitución, todas las fuentes de agua minero-medicinales, cualquiera que sea la propiedad del terreno en que se hallen ya sea que afloren naturalmente, ya que se les descubra por trabajos de explotación.

(3) El artículo segundo del Decreto número 5787-F de 10 de Mayo de 1919, en concordancia con el artículo segundo del Decreto número 15401, y estas normas en -

el Estado se reserva la propiedad de tales aguas, la legislación española estipula lo contrario (4).

6.- Aguas Pluviales.— Son las provenientes de las aguas lluvias. Sea el momento de decir que las leyes hispanoamericanas influenciadas por la Española (5 y 6) consagran principios análogos a los contenidos en

desarrollo del artículo 49 de la Constitución declaran que las aguas minero-medicinales portuguesas pertenecen exclusivamente al Estado, y por excepción a las Corporaciones administrativas o instituciones de beneficencia. Para efectos de su explotación, — será preciso obtener licencia estatal, dirigiéndose a la Cámara Municipal en donde se encuentre el nacimiento que pretende ser explotado.

- (4) Ley de Aguas Española de 13 de Junio de 1879, art. 15: El dominio de las aguas minerales que corren — por cauces públicos pertenece, como el de las aguas comunes, a los dueños de los terrenos en que nacen, y son de aprovechamiento eventual y definitivo por los dueños de predios inferiores y fronteros al cauce, con arreglo a lo dispuesto en los artículos anteriores de este capítulo. Para los efectos de esta Ley, se entienden por aguas minerales las que — contienen en disolución sustancias útiles para la — industria en general, cualquiera que sea su naturaleza.
- (5) Código del Perú, art. 10. Pertenecen al dueño de un terreno las aguas pluviales que caen en el mismo, — mientras discurren por él, y, además las que se recojan en dicho terreno".
- (6) Código Chileno, Título II: Se atribuye la propiedad al dueño del terreno donde caen, pudiéndolas aprovechar sin perjudicar a terceros, y construyendo las obras de seguridad necesarias para este fin y para evitar inundaciones".

los arts. 1o, 2o., y 3o y de este estatuto, que otorgan su propiedad al dueño del predio donde caen, prescribiendo que son de dominio público cuando "discurren por barrancos o ramblas, cuyos cauces sean del mismo dominio público".

Atendiendo al lugar donde caen, los autores - han distinguido entre: a) Aguas Públicas Pluviales, y B), Aguas Pluviales Privadas, clasificación ésta que cobra importancia, ya que las segundas podrán ser usadas libremente por sus dueños; agregando, algunos de aquellos teorizantes, que los dueños de las mismas, tendrán la facultad de enajenarlas independientemente del inmueble donde caen. Sin embargo, estos comentadores (7), - coinciden en afirmar que cuando el titular de un predio inferior tenga un aprovechamiento debidamente consolidado, entonces el propietario de las aguas pluviales no - podrá causarle lesión a aquel derecho, o inferirle perjuicio desviando tales aguas, disminuyéndolas, etc.

Se considera muy especial, el derecho que asiste al dueño de un fundo para captar las aguas lluvias. Se dice, que es un derecho ilimitado, en el sentido de que no existe forma legal de privar a tal propietario -

(7) Gay de Montellá y Massó E., ob. cit. pág. 64., João Augusto Simões Valeso "Comentario a Lei da Agua", Coimbra, 1937, pág. 16.

de dichas aguas, ya que, en la práctica, como se le inhabilita para captarlas antes o aún después de que hayan caído en el predio respectivo?

A pesar de la anterior opinión, soy de parecer que las aguas lluvias pueden y deben ser consideradas como aguas al servicio de la sociedad. Precisamente el Rey Alfonso El Sabio, en las Leyes 3ª., 4ª., y 5ª., del Título XVIII, y siguiendo lo expresado por Justiniano en sus Institutas, decía: "Las cosas que comunamente pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo, son éstas: el aire, EL AGUA DE LLUVIA, y el mar y su ribera". No podía pedirse -ni mucho menos- que en aquella época se tuviera un concepto diáfano de las diferencias que posteriormente vino a crear la doctrina entre cosas comunes, cosas de dominio público, cosas de dominio del Estado. En todo caso, reposan ahí unas frases -de incontrastable valor que, en forma tajante niegan la propiedad particular de las aguas lluvias, como hoy, -en momento de verdadero retroceso- se predica y sostiene.

7.- Aguas Subterráneas.

A. Antecedentes.-

Los filósofos griegos Homero, Tales, Platón, le asignaron a las fuentes un origen marino, explicando que del océano ascendían las aguas hasta las cabecezas de aquellas por canales interiores. Aristóteles en

cambio, afirmó que el aire que bordea a la tierra se transforma en agua por el frío del cielo y caía como lluvia; y de la misma manera el aire al penetrar en la corteza terrestre también se convertía en agua por el frío que allí encontraba, y regresando luego a superficie y uniéndose al agua lluvia daba origen a las fuentes, afirmando que la lluvia sola era insuficiente para alimentar las corrientes y que el océano al cual ella vierten, no se desbordaba porque parte del agua se evaporaba y el resto era transformada en aire o en cualquier otro elemento. Por otra parte, Séneca afirmó que las lluvias no podían ser el origen de las fuentes porque aquellas sólo penetraban en una poca profundidad en la tierra y las aguas provenían de partes mas profundas. Asimismo, Kepler y Descartes sostuvieron la teoría del origen marítimo de las fuentes, explicando que las aguas eran transformadas por asimilación de la tierra y vaporización en su interior, vertiéndose a la superficie para formar corrientes.

A mediados del siglo XVI, se propuso que debía distinguirse en las aguas subterráneas, las de infiltración, que procedían de las zonas superiores y las que podían provenir del interior de la tierra como condensación de los vapores ascendentes. Posteriormente, el geólogo filandés A.E. Nordenskjöld, observando la presencia

de agua dulce en las minas de su padre, a pesar de que algunas de sus partes estaban a un nivel considerablemente inferior al mar, emitió la hipótesis de que las regiones cubiertas por rocas cristalinas compactas, (granitos, dioritas, gneises), debía contener en su masa, a una profundidad que correspondía al límite de variación de temperatura anual y secular, (100 a 160 pies) fisuras horizontales llenas de agua dulce cuyo origen atribuía a la infiltración de aguas superficiales.

Dos teorías principales, se han lanzado para explicar la existencia de aguas subterráneas.

a.- La primera, emitida por Vitruvio, desarrollada por Bernardo Palissy y fomentada por Vassius, fue establecida científicamente por Mariotte tras numerosas observaciones. Según esta teoría, las aguas subterráneas están ligadas a la posibilidad de penetración de las aguas fluviales en el suelo, hasta hallar una capa impermeable sobre la cual pueden fluir o deslizarse. La existencia de las aguas subterráneas estaría entonces en estrecha dependencia del régimen de las lluvias o ciclo clásico del agua.

Los hidrogeólogos modernos como Imbeux, Parangille, Belgrand, Daubré, afirman que debe considerarse como única o prácticamente única responsable de la existencia de las aguas subterráneas.

b.- La segunda teoría enunciada por Velger en 1877 es la de condensación. Demostró, mediante cálculos precisos, que el agua subterránea podría provenir de condensaciones internas debido a un enfriamiento del aire, inicialmente saturado de vapor de agua. Esta teoría, como se ve, guarda semejanza con la concebida por Aristóteles, aunque Velger la explica de manera científica.

Sin embargo, en algunas regiones como el Sahara, en donde prácticamente no llueve en absoluto, existen pozos artesianos, atribuyéndoseles su origen a las llamadas aguas fértiles que algunos estiman habían permanecido enterradas desde mucho tiempo atrás entre los sedimentos. Igualmente lo atribuyen a fenómenos de condensación ligados a variaciones de temperatura y presión atmosférica. (8)

B.- Importancia

A contrario de lo que acontecía en tiempos pretéritos, las aguas subterráneas cada día cobran mayor importancia. En todas las latitudes, se dictan normas, se planifican trabajos en búsqueda de estas aguas, etc.

Su importancia y necesidad está subrayada por

(8) De los apuntes sobre la materia del geólogo colombiano, M.A. Pastrana.

juristas, ingenieros, higienistas y trabajadores corrientes del campo. Y no lo es solamente por la magnífica calidad, claridad y pureza de las mismas, sino también porque la hidrología del agua subterránea ha alcanzado en estos últimos años, un gran desarrollo y ha pasado de ser una ciencia descriptiva y cualitativa, a ser tan cuantitativa como la hidrología del agua de superficie -

(9) Lo anterior, como producto de los perfeccionamientos en los sistemas de captación y medios de reconocimiento previo.

Las estadísticas que a continuación se consignan, hablan muy claramente de los óptimos resultados obtenidos con su explotación, y de la necesidad de adoptar con urgencia, una bien coordinada política de explotación búsqueda y aprovechamiento de estas aguas. En Bélgica, ellas representan un 76% del consumo total; en Alemania, un 70% en Suiza, un 52%, y en los Estados Unidos sobrepasa actualmente de los 100 millones de metros cúbicos - al día, el agua obtenida de capas acuíferas.

C.- Tratamiento Legal.

Los jurisconsultos romanos no dictaron normas sobre estas corrientes. El derecho de dominio que -

(9) "Captaciones de Aguas Subterráneas", PILSON S.A., Madrid, 1960, pag. 1

radicaba en cabeza de cada propietario era ilimitado y - él se extendía desde las profundidades de la tierra hasta las regiones celestes. Se recuerda la adición: - Qui dominus est solii, dominus est coeli et inferorum.

Sin embargo y en punto de facultad de un propietario para hacer excavaciones o pozos, verticales u - horizontales, dentro de su predio, Justiniano se anticipó a los juristas actuales al formular que SI NON ANIMO VICINO NOCEADI, SED SUUM AGRUM MELIOREM FACENDI ID FECIT. Hoy, ante la posibilidad de que con estos trabajos se causen perjuicios al vecino, se ha creado una distinción entre derecho e interés. Para resolver la cuestión de la siguiente manera: El titular del dominio puede - ejercitar su derecho, pero siempre y cuando que no lesione el interés de su vecino, ya que si éste demostrare la existencia de un perjuicio real, cierto y valorable, el derecho del propietario deberá ceder ante el interés del vecino lesionado.

Y en cuanto a normas positivas, es de señalar dos momentos principales: a) En el primero, es predominante la tendencia a considerar las aguas sub-álveas como de exclusiva propiedad del dueño del terreno donde - fueren alumbradas, como acontece con las legislaciones - de España y Perú (10). Y solamente por vía de excepción,

(10) Ley de España, de 13 de junio de 1879, art. 18: Pertenecen al dueño de un predio en plena propiedad, -

serían de dominio público las extraídas de terrenos de - propiedad pública. Las primeras podían ser usadas por - su dueño a su completo gusto; las segundas eran disfruta- das por los particulares, siempre que tuvieran el debido permiso de la Administración. La legislación portuguesa -que tiene muchos puntos de contacto con la española- se distancia de ésta al prescribir que las aguas subterrá- neas explotadas con permiso estatal, ingresan al patrimo- nio particular. Este hecho no deja de ser insólito, cuan- do una autorización de este tipo, -como adelante se verá- no confiere al beneficiario, sino un derecho realmente - precario que jamás le transmite la propiedad; a mas de - que, -como ya se vió, es por esencia, inalienable-

b) En los últimos años, se han alzado vo- ces contra aquel estado de cosas. Ellas proclaman, en - síntesis, la necesidad de que las aguas subterráneas in- gresen al dominio público. El 22 de Junio de 1938, se - dictó por el General Ponce Henríquez, Presidente de la - República del Ecuador el decreto N°. 142, que uno de sus

las aguas subterráneas que en él hubiere obtenido - por medio de pozos ordinarios.

Ley de Aguas del Perú, Capítulo IV, art. 19: Perte- necen al dueño de un terreno, las aguas subterráneas que en él hubiese obtenido por medio de pozos ordi- narios.

comentadores considera como decreto que revoluciona todo el sistema anterior (11) de aguas, encarrilando, siquie-
ra en este aspecto, la legislación sobre la materia ha-
cía la única base en que debe repesar la reglamentación
de este precioso elemento y de esta riqueza esencialmen-
te social, o sea atribuir al Estado la propiedad de todas
las aguas (Subrayado mio).

También en la Argentina se sostiene razonada-
mente que la riqueza hidráulica subterránea debe ser de-
clarada de interés público, por cuanto si se disminuye o
malgasta, los perjudicados no lo serán solamente los pro-
pietarios privados de los pozos, sino también la econo-
mía pública, ya que puede estar de por medio la subsisten-
cia humana de una población u otros asuntos igualmente -
interesantes. (12)

En el mismo sentido, en Chile, se criti-

(11) Francisco Páez, "Condición Jurídica de las Aguas en el Ecuador", Quito, 1954, pág. 15. Y comentando en detalle el mismo decreto, agrega: En virtud del -
mencionado decreto, actualmente las aguas subterrá-
neas son de dominio y uso públicos atribuyéndose a
los particulares que cumplen los requisitos y trámi-
tes que reglamenta dicho decreto, la facultad de -
alumbrarlas y aprovecharse de ellas; siendo intere-
sante que se rompió la relación entre la propiedad
del suelo y la apropiación de las aguas subterráneas
tanto en suelo propio como en suelo ajeno.

(12) Guillermo J. Cano, ob. cit., pág. 173.

con las disposiciones de aquel País, por conferir la propiedad de las aguas sub-álveas al dueño del fundo respectivo. (13). Se opina que ellas debían declararse como de uso público, aun las situadas en terrenos de propiedad privada. Y que, para el caso de explotación de estas últimas, y cuando el propietario del predio negare el permiso correspondiente, entonces el juez podrá concederlo.

Lo propio, pero no ya con el carácter de simple aspiración o planteamiento doctrinario, se encuentra consagrado como mandato del Estado, en la Legislación de Israel. El artículo primero de la Ley de Aguas de 1959, habla de que los "recursos de agua existentes en el estado, son de dominio público, están sujetos al control del Estado, y se destinan a las necesidades de sus habitantes, y al desarrollo del País". Y el artículo que le sigue -2º- desarrolla el anterior, entendiendo por "recursos de agua, los manantiales, arroyos, ríos, lagos y otras corrientes y acumulaciones de aguas, lo mismo superficiales que subterráneas.." (subrayado mio).

El profesor Luis Jordana de Pozas (14) confir-

(13) "Comentario y Breve Estudio Crítico al Código de Aguas" Sofia Sack Nerón, Universidad de Chile, 1948.

(14) "El Derecho Español de Aguas y la Oportunidad de su Revisión", Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Enero 22/62.

ma lo expresado al afirmar que, efectivamente, hoy se ex
tiende el dominio público, hasta comprender la totalidad
de las aguas corrientes e incluso subterráneas.

CAPITULO V

DE LOS APROVECHAMIENTOS DE AGUAS

1.- El uso y goce de los bienes públicos, está atribuido a la comunidad. Pero para el jurista aquel hecho cotidiano le trae a la mente una pregunta: Cuál es - la situación jurídica de los integrantes de esa comunidad con relación a tales bienes?. Se trata, indudablemente, (1) de una situación análoga -desde el punto de vista jurídico- a aquella en que se colocan frente a los servicios públicos. Con independencia de los poderes especiales, que a la Administración corresponden en cuanto titular de servicios públicos y en cuanto titular del dominio público, no hay ninguna razón de principio que impida afirmar que el derecho de los administrados a usar - del dominio destinado al uso público, es esencialmente - análogo al derecho a gozar de los servicios públicos".

Pero profundizando un poco en el tema, se echa de ver la importancia en distinguir dos situaciones diversas:

A.- En relación con los actos administrativos que aparten del uso público bienes destinados legalmente a tal finalidad.

B.- En relación con las medidas singulares de

(1) Garrido Falla, ob. cit., pág. 494.

exclusión o prohibición del uso común; y dirigidas en concreto a un particular.

A.- Respecto del primero supuesto, resulta difícil hablar de un derecho concreto en cabeza de un particular, que puede considerarse lesionado con el acto administrativo en cuestión. Mas hay que admitir que existe, cuando menos, un interés legítimo suficiente para poner en marcha el mecanismo administrativo, del que serían titulares aquellos hipotéticos usuarios que demuestren estar directamente afectados por el acto administrativo, así como las entidades que representan corporativamente los intereses de los administrados afectados.

B.- En relación con las medidas singulares que prohiban a un particular el uso de los bienes públicos destinados a tal fin, puede afirmarse -a salvo los poderes reglamentarios de policía que se den en la materia- que se trata de actos que vulneran auténticos derechos subjetivos. En esta hipótesis, la situación del usuario, jurídicamente, es notoriamente mas consistente. Por lo demás, el ejercicio de este derecho no está condicionado, en términos generales, a ningún acto administrativo de reconocimiento o autorización.

Aun cuando no es materia del presente trabajo, debe decirse de los Derechos Subjetivos que ellos significan una gran conquista del Estado de Derecho, ya que -

dentro de la concepción del Estado-Policía, ellos no eran admitidos. Arrancan directamente de la personalidad, y pueden definirse como "el interés jurídicamente protegido, mediante el reconocimiento de la voluntad individual"(2) Adolfo Merkl, (3), se muestra escéptico sobre la existencia de ellos: "La idea del derecho público subjetivo, si es concebible, lo es únicamente como contenido del derecho objetivo". Señala, igualmente, que el origen de ellos no debe buscarse en la naturaleza del hombre, sino que son derechos establecidos por el Poder Público.

2.- Potestad Discrecional.

Analizada someramente la posición del particular frente al uso de las cosas de dominio público, - vale la pena examinar la conducta que la Administración puede seguir en los mismos eventos. Se entra así, al campo de lo que se ha convenido en llamar la Potestad Discrecional de la Administración.

Por ella se entiende, un ámbito de acción y de omisión: la elección entre varias formas de comportamiento, igualmente posibles: hacer A o hacer B; o abstenerse

(2) Gascoín y Marín, ob. cit., tomo I, pág. 165.

(3) Adolfo Merkl, Teoría General del Derecho Administrativo, Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid pág. 182.

de toda acción. Posible significa, en este caso, posible jurídicamente, es decir, que el Derecho no da a ninguna de estas formas de comportamiento una preferencia sobre las demás (4). En virtud de esta potestad pueden las - autoridades tomar aquellas medidas que consideren conducentes para la realización del fin situado en el ámbito discrecional.

Pero lo anterior no significa, ni mucho menos, que la Administración pueda conducirse sin sujeción a - nada ni a nadie. Esta potestad discrecional debe ejercitarse en todo caso, dentro del marco del Derecho, de lo estrictamente jurídico. Entonces se entenderá el porqué a la Administración le está vedado proceder por mero capricho o arbitrariamente. Una acción es caprichosa, - cuando determinada exclusivamente por consideraciones subjetivas, sin conexión con fines objetivos, mientras que obrar arbitrario es aquel determinado por motivos extraños al asunto. En el supuesto de actos arbitrarios, aparentemente ellos se encuentran correctos; sin embargo, - el verdadero motivo que precipitó aquella determinación, está escondido. En cambio, en los caprichosos, se persigue un fin diverso, un fin que se aparta del ordinario.

Mas cuando la Administración debe ceñirse a -

(4) Ernest Forsheff, ob. cit., pág. 122

los mandatos de un precepto anterior, se observa que ya no puede hablarse de potestad discrecional. Se trata de una potestad reglada, que necesariamente se opone a la anterior.

La diferencia entre los actos que se producen bajo el imperio de una u otra situación es difícil de establecer. Se trata de una diferencia puramente de carácter teleológico.

Comparéase ahora las anteriores especulaciones de orden doctrinario, con la naturaleza del derecho al agua, si es que cabe la expresión. Siendo el agua común, debe preguntarse si el Estado puede negarse a otorgar - un permiso o concesión. La respuesta no admite duda: El que puede dar, puede negar. Pero avanzando en la cuestión, cabe otra pregunta: En qué casos puede el Estado negarse a otorgar una concesión?. En todos los casos en que lo considere inconveniente a los intereses públicos, y también, cuando físicamente lo aconsejen las circunstancias: carencia o escasez de aguas, necesidad de éstas para uso de una población., etc. (5), (6).

(5) Garrido Falla, ob. cit., pág. 503: "No puede hablarse de un derecho de los particulares a obtener concesiones administrativas. Antes por el contrario, el principio sancionado por nuestra jurisprudencia, es el contrario: es discrecional de la Admón., el otorgar o negar concesiones".

(6) Gascón y Marín, ob. cit., pág. 387: "No hay derecho al otorgamiento de concesiones."

Entonces se ve que el Estado no obra tampoco en forma automática; él juzga como entre "racional que es, por medio de sus funcionarios, y resuelve según su juicio. Se trata de un pacto discrecional, porque el derecho subjetivo del particular no existe sino desde el momento en que se otorga la concesión. En consecuencia, el Tribunal de lo contencioso no podría condenar a la Administración a otorgar una concesión; pero sí podría obligarla a respetar una concesión otorgada. El primer caso es un ejemplo de caso discrecional; el segundo reglado.

3.- Corresponde estudiar las diferentes teorías que explican -desde un punto de vista jurídico- el uso de las aguas públicas, por los particulares.

A.- Teoría Contractualista. Según ellas, las concesiones de aguas de uso público, son un contrato que la Administración concedente celebra con el particular. Se aplicarán las reglas propias de los contratos públicos, o mejor, contratos celebrados por la Administración, y que están bajo la competencia del Derecho Administrativo.

Las objeciones contra el anterior planteamiento, pueden reducirse a tres:

a.- Para que un contrato de este tipo tenga -

real existencia jurídica, se hace necesario que concurren dos voluntades que identifiquen su pensamiento en los fines del contrato, condiciones del mismo, etc. Y precisamente ésto no se da en el caso de las concesiones de aguas de uso público: El interesado pide a la Administración la concesión; y ésta, dentro del poder discrecional que le es propio, puede acceder o negar la solicitud. La desigualdad entre concedente y concesionario, es bastante notoria. No puede hablarse, con validez, de la presencia de dos voluntades que resuelven acomodar sus puntos de vista en pos de un fin determinado. El Estado es realmente omnipotente en cuanto no solo puede desechar lo que se le solicita, sino que impone las condiciones que a bien tenga, y que el peticionario no podrá entrar a modificar, a esperar que le sean alteradas por que así lo ha solicitado.

b.- La Administración al otorgar una concesión de aguas se reserva en forma expresa (y aun cuando no se dijera, esta reserva va implícita), la facultad de recuperar la cosa otorgada en uso, en cuanto el concesionario incumpla de las condiciones impuestas, una o varias. Equivale a una suerte de condición resolutoria que, salta a la vista, no se da en los restantes contratos que la Administración suele celebrar dentro del giro ordinario de sus actividades.

c.- Pero también y en el caso de que el concesionario cumpla estrictamente todas y cada una de las obligaciones impuestas, podrá verse privado de este beneficio en cualquier momento. Efectivamente: La Administración puede, mediante acto revocatorio, extinguir la concesión. La inferioridad en que se encuentra el concesionario, no puede ser mas clara. Su característica mas acusada, es la de la inestabilidad. No prevaleciendo ella dentro de los otros contratos que en condiciones normales indican cierta estabilidad.

B.- Teoría de Duguit. Puede decirse que es opuesta a la anterior. Aparece expuesta por L. Duguit, en su obra "Les Transformations du Droit Public"., y en síntesis consiste: Las concesiones públicas otorgadas por la Administración son Leyes. Concesiones. El otorgar una concesión no quiere decir que la Administración esté celebrando contrato alguno. El Poder Público no obra libremente, sino en virtud de preceptos legales preestablecidos -las normas legales- que regulan los términos, modos y condiciones de otorgamiento de tales concesiones. El Poder de la Administración queda sometido al peso de las leyes y preceptos que autorizan la posibilidad de otorgar la concesión, o de denegarla, pero en todo caso esta negativa debe apoyarse en preceptos positivos contra los cuales la Ley niega todo recurso o explicación.

El autor Gay de Montellá (7) critica la tesis anterior así: En la concesión, es cierto, que el Estado juega un papel importante, pero sin que esta posición - pueda ser manejada caprichosamente. La posición se ajusta mas a los términos propuestos por el peticionario que a las normas legales que, por esencia son de carácter vago y general.

La crítica formulada es injusta, y también inexacta. Es injusta, porque Duguít ha dado una explicación seria y acertada acerca del problema de las concesiones; aun cuando no haya enfocado el caso concreto de las concesiones de aguas de uso público. Su concepto (el de Duguít) absuelve cualquier duda sobre la actuación del Estado en estos menesteres. Y es inexacta porque no es cierto que la Administración se ajuste mas "a los términos propuestos por el peticionario, que a las normas legales," como adelante se explicará.

C.- Teoría del Profesor Santa María de Paredes.

Viene expuesta en su obra Curso de Derecho Administrativo y sintético se expresa así: El Estado, al otorgar la concesión de un bien o de una cosa de dominio público, - se limita a otorgar su uso, a través de las obligaciones

(7) Gay de Montellá y Massó Escofet, ob. cit., pág. 358.

que debe cumplir el concesionario, que por su propia voluntad de ciudadano se compromete a darle u ofrecerle.

(Subrayado mio).

Debe aceptarse la primera parte de la tesis, - en el sentido de que es cierto que el Estado al otorgar una concesión de aguas, simplemente da su uso. Pero los conceptos finales de la misma, encierran un equívoco: No son los ciudadanos o las entidades que pretenden beneficiarse de un aprovechamiento determinado, quienes ofrecen una serie de garantías que posteriormente se transformarán en obligaciones, cuando la Administración las haya aceptado y elevado a la categoría de tales, dentro del acto administrativo creador de la concesión. Nada mas alejado de la realidad: Es la propia Administración la que impone los requisitos o condiciones que debe llenar el concesionario para que pueda entrar a gozar del caudal otorgado, sin que medie ofrecimiento de ninguna especie, que en caso de que existiera, ningún valor tendría. Lo que ofreciere, no podrá jamás, ser tenido en cuenta, porque se crearía un odioso criterio de discriminación que terminaría en una puja de ofrecimientos en la que perderían los que menos posibilidad exhibieran. Además de que entiendo que las condiciones personales del concesionario, nada importan para estos casos.

D.- En concepto del autor, lo que existe en los Aprovechamientos de Aguas de Uso Público, es una concesión de uso de un bien público por naturaleza.

El Derecho Administrativo ha construido un concepto unitario de la concesión como especie de acto (8) administrativo que comprende tanto la que transfiere el particular la potestad de gestión de un servicio público, como la que otorga el disfrute de un bien de dominio público.

Siendo la primera de las esbozadas la llamada Concesión de Servicios Públicos, y la Segunda la Concesión de Uso de un Bien de Dominio Público, corresponde diferenciarlas, agregando que de las dos figuras reseñadas se distancian también, la concesión de Obras Públicas. (9)

(8) Garrido Falla, vol. II, ob. cit. pág. 500.

(9) En el Ecuador y atendiendo a la calidad de propietario riberano o no, se distinguen dos clases de concesiones (se les llama Merced): La merced legal de aguas y la merced judicial de las mismas. La primera, que se concede en favor de los propietarios riberanos, únicamente les confiere la facultad de utilizar las aguas públicas para todos los fines que tengan a bien, sin que necesiten trámite de ninguna especie. Las segundas son otorgadas por el Juez civil de la jurisdicción donde se van a aprovechar tales aguas, y con sujeción a ordenamientos contenidos en el código de procedimiento civil.

a.- Concesión de Obras Públicas.

El Estado, para la ejecución de las Obras Públicas, tiene tres caminos a seguir: a': Ejecutarlas directamente; b': Ejecutarlas por contrato; o c': Construir las mediante concesión.

Esta concesión de Obras Públicas puede entenderse como la atribución de poder que se confiere a un particular por la Administración, a efecto de que realice determinadas obras. Mientras en la concesión de servicios públicos se persigue la gestión de un servicio público, aquí la finalidad no es otra que la realización de la obra material contratada. Y en la concesión de servicios públicos lo que interesa es la prestación del servicio dentro del plazo señalado; en la concesión de obras públicas, la concesión se extingue, termina, en cuanto la obra ha sido construída.

b.- Concesión de Servicios Públicos.-

En orden a la satisfacción de los servicios públicos, la Administración puede resolverse a prestarlos directamente sin intervención particular de ninguna índole; o puede tomar aquella actividad asumiendo los riesgos sobre pérdidas y ganancias, y estableciendo las tarifas a cobrarse, pero confiando a una entidad privada, y por suma determinada, la explotación del servicio; o arrendar por cánón preseñalado, la gestión de los mismos;

u otorgando concesión; y, finalmente, constituyendo empresas de economía mixta.

Sin embargo, para los fines de este trabajo, - interesa conocer, no mas, la concesión de servicios públicos.

Por ella, confiere la Administración a un particular la gestión de un servicio público. Así que la Administración, en calidad de entidad concedente, defiere a una persona (concesionario) la facultad de ejercer cierta parte de la actividad propia del Estado (gestión de servicio), pero no en nombre de éste, (como lo hace el funcionario público, el órgano o el ente administrativo autárquico cuando ejerce también parte de la actividad administrativa) sino en nombre propio y por cuenta - propia (10).

Las características principales de la Concesión de Servicios Públicos, son las siguientes:

a'.- En la Administración radica un poder originario para controlar el servicio concedido, y hacer - que se preste en las condiciones reglamentarias.

b'.- El personal adscrito al funcionamiento - del servicio público concedido, no tiene carácter de funcionario público.

(10) Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, Buenos Aires 1939, pág. 309.

c'.-- El concesionario dispone de poderes de policía delegados, para hacer cumplir a los usuarios, los reglamentos que regulan el servicio.

d'.-- La Administración se reserva la facultad de controlar las tarifas de utilización del servicio.

e'.-- La situación del concesionario de servicios públicos, es temporal.

f'.-- El servicio concedido ha de prestarse precisamente por el concesionario. Sin embargo, éste podrá ceder o transmitir sus derechos, previa autorización administrativa.

g'.-- El concesionario puede beneficiarse del empleo de ciertas prerrogativas económicas.

c.- Concesión de Uso de Aguas Públicas.-

Por su importancia, y considerar este tema como uno de los aspectos fundamentales del trabajo, se estudiarán los diversos momentos y situaciones jurídicas que pueden darse.

a'.-- Recordando las ideas contenidas en el aparte relacionado con el uso de los bienes públicos, especialmente su uso extraordinario, se hace necesario explicar la naturaleza de los derechos otorgados al concesionario al ocupar temporalmente un bien de dominio público.

A primera vista se observa que los derechos del concesionario recaen sobre bienes y objetos de cará

ter público, y que, en el fondo constituyen auténticos - derechos administrativos. Se traspasan los límites de - lo puramente personal, y situándonos en el terreno de lo objetivo, se acaba de ver un auténtico derecho real. Es un derecho que tiene por fin el uso y goce de una cosa o porción del dominio público. Y tiene en común con el derecho real -que enseña el Código Civil- en que: a' Confiere un poder inmediato sobre la cosa; y b' Es oponible a todos, estando protegido por acciones, mientras se encuentra en pleno vigor.

Mas como se trata de un bien de dominio público, no se confiere al concesionario, la propiedad del mismo. Se le otorga, simplemente, un derecho al uso, - siendo, por tanto compatible con el principio ya estudiado de la inalienabilidad de los bienes públicos. Este derecho al uso, SALVA RERUM SUPERFICIE, no lleva consigo la facultad de modificar la situación del bien concedido, ni tampoco entraña acto de dominio. Debe recordarse que el derecho real, según el molde civilista, es un derecho que se ejerce en forma directa sobre la cosa, y se hace efectivo en forma absoluta. En cambio este derecho de uso, es un simple aprovechamiento, un derecho totalmente limitado, sujeto a las condiciones impuestas por el concedente y que no autoriza al concesionario, sino para usar el objeto concedido. El aprovechamiento es el -

uso a que por la misma naturaleza se hallan destinadas - las cosas comunes, revestido de aquellas formas que el - Poder Público juzgue indispensables en la finalidad de - que, en cuanto sea posible, alcance a todos. No se trata, pues, de un derecho real sobre la cosa. Por eso no puede prehiarse la definición del Código Chileno de - Aguas, sobre la clase de derecho que encierra el uso de las aguas públicas, ya que allí se dice que es "un derecho real que consiste en el uso y goce y disposición de ellas (las aguas) con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el Código.

Cosa totalmente diversa, serán los derechos - que puedan desprenderse de la concesión. Ya se ha demostrado que el uso de las aguas públicas no es un derecho real. Ahora se dirá que la concesión hace surgir en el concesionario, una serie de derechos frente a la Administración concedente, (11) y, al mismo tiempo, el derecho real que a su favor surge, está protegido, tanto - frente a la Administración como frente a terceros".

Recordando los atributos que el Derecho Romano atribuyó a la propiedad y que residían Jus Utendi, Jus Fruendi, y Jus Abutendi, es de concluir que el concesionario de aguas de Uso público, solo tiene en su favor el

(11) Garrido Falla, ob. cit., pág. 505.

primero de ellos. Efectivamente: Al no tener sobre la cosa un Jus in Re., mal podría hacer efectivo el Jus Abutendi, enajenándola, cediéndola, etc. Tampoco recipiendario del Jus Abutendi, por cuanto el poder usufructuar de las aguas, le autorizarían para tomar los llamados frutos civiles o naturales que la cosa produjera; ej.: canon de arrendamiento, y sabido es que no pueden arrendarles por ningún motivo, todo por cuanto que el concesionario debe dedicar las aguas única y exclusivamente al fin para el cual fueron otorgadas, sin que le sea dable variar la destinación de las mismas, sin previa aquiescencia de la Administración. Solamente queda el Jus Utendi, el derecho al uso de la cosa, que solo podrá hacer efectivo, en la forma que mas adelante se estudiará.

b'.-- En qué momento puede entrar el particular a disfrutar de las aguas públicas que requieren de una concesión administrativa?. Antes de dar la respuesta, debe considerarse el estado anterior a la producción del acto administrativo que accede a otorgar la concesión, o que la niega.

Llega a la mente una cuestión: Qué actitud debe desplegar el presunto beneficiario?. O, la Administración, motu-proprio, debe otorgar el permiso para derivar parte de las aguas públicas, sin petición previa de los administrados?.

Se ha abierto paso dentro de la teoría de los actos administrativos, los denominados "Actos Administrativos Necesitados de Coadyuvantes". Y como entiendo que ella arroja luz en el problema que se ventila, se pasa a explicar: En relación con determinados actos administrativos, las leyes prescriben, que aquellos no pueden tener lugar, sin una previa solicitud del destinatario(12). Su cooperación es necesaria para el nacimiento del acto, y consiste en que por medio de una manifestación de su voluntad se pone en movimiento la actividad administrativa siendo su término, el acto administrativo respectivo.

No cabe duda de que para poder disfrutar de las aguas públicas, -que no de las privadas- se hace imprescindible la concesión por parte de la Administración. Y ésta no tendrá existencia, hasta tanto no se hayan cumplido determinados trámites señalados en cada una de las leyes propias de los diversos Países. Con ello estamos diciendo, que las concesiones de aguas son actos administrativos, sí; pero mas concretamente, administrativos necesitados de coadyuvante.

Parece que ahora sí puede darse respuesta al interrogante formulado. Si la Administración asintió a otorgar la concesión, puede decirse que el concesionario

(12) Ernest Forstheoff, ob. cit. pág. 294.

queda habilitado para entrar a usar de las aguas otorgadas, inmediatamente. Salvo que, en el mismo acto administrativo, se hubiese dispuesto lo contrario: Que solamente aquel caudal podrá derivarse luego de construídas determinadas obras arquitectónicas, exigencia que se justifica por sí misma.

Sostener que las aguas públicas pueden usarse antes de la concesión, es injurídico. La concesión es - el único título que el individuo puede invocar para usar de las aguas públicas, ya que el hacerlo con anterioridad importa un acto indebido.

c'. - Cómo debe desarrollarse el uso de las aguas?

El concesionario debe destinar las aguas para el fin que le fueron otorgadas, conservando -las riberas y cauces- en el mismo estado en que se encontraban cuando fueron dadas. Además, las condiciones impuestas por la Administración deben ser cumplidas exactamente.

La regla general es que en esta clase de concesiones los particulares no tengan que pagar estipendio - alguno, o esacción al Estado; sin embargo, no hay inconveniente de orden legal o doctrinario, para que se puedan imponer tasas en cuantía proporcionada al caudal que se derive.

Finalmente se dirá que todo daño que se cause con motivo del uso de las cosas de dominio público, debe

ser reparado mediante indemnización. Sin perjuicio de - las sanciones penales a que hubiere lugar, si los actos ejecutados por el concesionario resultaren punibles.

d'.- Fuera del cumplimiento de las obligaciones, la conducta del concesionario tiene otra cortapisa: Una prohibición que se destaca entre las otras prohibiciones que están a su cargo: La carencia de la facultad de ceder o enajenar el beneficio que disfruta.- Las concesiones no pueden transferirse por acto entre vivos, a título gratuito o a título oneroso; es consuetudinario-sine-quantum la intervención de la Administración.

En efecto: siendo las concesiones un acto administrativo, están sometidas a la voluntad de la Administración en todo momento.

Pero surge un problema: Las concesiones se otorgan en beneficio o mejor, en favor de una finca o predio a efecto de que se destine a sus necesidades de regadío, por ejemplo. Si el propietario del inmueble resuelve venderlo, donarlo, o por motivo de su muerte hace parte de la masa herencial de bienes, es claro que dicho inmueble seguirá, en la práctica disfrutando del aprovechamiento concedido al antiguo propietario. Podría decirse que se ha presentado una cesión del derecho al agua, que se ha traspasado la concesión de aguas, haciendo caso omiso de la intervención de la Administración. -

No, en forma alguna. La concesión no ha sido cedida, - vendida o transferida por causa de muerte por el primitivo concesionario. Lo que ocurre es que ella (la concesión) hace un todo inseparable con el predio o inmueble en mención, y entonces de ahí el porqué pueda él seguir haciendo uso de aquel caudal. Aun cuando debe agregarse que, para estos efectos, y cuando dentro de la Ley nacional se lleva estadística completa de las concesiones - otorgadas, o rigen sistemas de inscripción de los aprovechamientos, entonces será del caso noticiar oportunamente a la Administración, de la ocurrencia de aquel hecho.

Por las mismas razones expuestas, no puede darse el caso de que un particular resuelva, por sí y ante sí, enajenar el inmueble de que es dueño y reservarse el aprovechamiento de aguas otorgado. O el caso inverso, - de enajenar éste y seguir siendo propietario del mismo - inmueble. En esta última hipótesis, y si es que la concesión de aguas no le interesa, se presentaría un caso - de renuncia de la concesión. (Adelante se estudiará la - Renuncia).

ed.- Qué valor tiene una Renuncia a una concesión administrativa de aguas, ya otorgada, o simplemente solicitada y en vía de producirse?

El particular lesionado en sus derechos por un acto que le ha causado perjuicio, puede ocurrir a la jug

ticia para que sea indemnizado. Pero si desiste de aquella acción, porque renuncia voluntariamente a un derecho, ésta renuncia tiene pleno valor dentro del marco del Derecho.

Cuestión diversa es la Renuncia de una concesión como la de aguas públicas. Ella no puede tener el mismo significado que en el caso anterior. Simplemente debe entenderse que es la petición o solicitud dirigida a la Administración, por el interesado, para que se ponga fin a la prerrogativa de que disfruta. No puede decirse que la Renuncia lleve consigo la extinción de la concesión, por cuanto no está dentro de la órbita de las facultades del concesionario, aquel derecho. Y es que solamente pueden renunciarse aquellos que se encuentran dentro del poder de disposición de quien promueve ese acto (13).

f'.- Para redondear esta visión de la concesión se hace necesario ampliar lo expuesto acerca de la Revocación.

Ella puede entenderse en dos sentidos: a': Como sanción por el incumplimiento o violación de las condiciones impuestas al concesionario; y b': Cuando se pro-

(13) En la Enciclopedia Jurídica, pág. 507, se acepta la renuncia en estas materias.

duce como consecuencia de altos motivos de interés público.

Interesa exponer aquí, la segunda figura, como quiera que la revocación, como sanción, se tratará en capítulo posterior.

La revocación es la facultad de declarar extinguida una concesión (o también un permiso) cuando la Administración lo juzga conveniente. Y encuentra su fundamento en que así como la Administración tiene la facultad creadora de actos administrativos, en un momento posterior a la emanación del acto, y cuando se produce una divergencia entre el acto y el interés público, éste podrá ser revocado. Es cierto que aquí cobra vida la facultad discrecional de la Administración, pero ya se dijo también que ella no podrá ser caprichosa ni arbitraria.

q'' Y en punto de las consecuencias que acarrea la renovación, pueden señalarse las siguientes:

a''': Con referencia al concesionario, éste queda privado del ejercicio de la concesión revocada; se le termina el uso del objeto de la concesión.

b''': Frente al bien o bienes que habían sido objeto de la concesión, ellos seguirán siendo de dominio público.

q''': Atendiendo a las indemnizaciones que pu-

dieran desprenderse de esta revocación, es de distinguir dos situaciones: En la primera, la actuación de la Administración se ha debido a la existencia de poderosos motivos de interés público que aconsejan hacer cesar la concesión; y en la segunda, procede la Administración en forma abiertamente arbitraria. Solamente en esta segunda hipótesis el antiguo concesionario podrá hacer uso de los recursos tendientes a que tal determinación sea modificada, para que las cosas vuelvan al estado anterior. - En caso de ello no conseguirse, podrá optar por la vía de la indemnización de los perjuicios que se le hubieren podido causar, aun cuando sea dudoso el éxito de una acción así concebida dada la necesidad de demostrar que la decisión de la Administración es arbitraria, *fus capriciosa*.

Lo que sí aparece fuera de toda duda, es que - cuando la Administración revoca una concesión basada en motivos de utilidad pública, el particular debe resignar su derecho ante los intereses de la colectividad.

g': Y en relación también con indemnizaciones, habrá alguna oportunidad en que el Estado pueda tenerse como acreedor a que se le paguen daños?

La cuestión merece una distinción:

g'': Si la revocatoria se produce únicamente por circunstancias ajenas al procedimiento, y aun

cuando el concesionario haya hecho pleno uso de la cosa pública, éste no podrá ser obligado ni a devolver las aguas que captó, ni tampoco a pagar una suma de dinero por concepto de perjuicios. Su conducta no ha dado lugar a sanción de ninguna especie; si la revocación sobreviene, se debe a vicios de los cuales solo se puede culpar a la Administración.

b'': Pero si el concesionario ha causado serios desperfectos a la cosa objeto de la concesión, por ej., ha desviado el curso del río o ha derrumbado los taludes marginales, y con ello han sobrevenido diversos perjuicios (que pueden ser no solo al Estado sino también a particulares), la Administración no solamente podrá imponer sanciones dolictivas; sino que le queda expedito el camino de la revocación; y, finalmente, el perseguir una indemnización a cargo del concesionario, para que no quede impune su acto perjudicial.

CAPITULO VI

DE LOS APROVECHAMIENTOS DE AGUAS (CONTINUACIÓN)

Mas las aguas públicas no solo se han venido - aprovechando haciendo uso del sistema ya expuesto de la concesión. De ahí el porqué este capítulo -continuación del anterior- se ocupe en estudiar otras situaciones, también regladas por la Ley y que confieren a los particulares, derecho al uso de esta clase de bienes públicos.

1.- De la Prescripción. Desde tiempos inmemoriales, la institución de la Prescripción ha sido unánimemente reconocida como engendradora de derecho, al igual que, exoneradora de ciertas obligaciones. Aún cuando es una creación de sin igual valor dentro del Derecho Civil, existen casos en que se hace necesario recurrir a ella - frente a determinados eventos que caen dentro de la órbita del Derecho Público.

Pero en el caso que ocupa el presente trabajo, ella tiene un valor que se hace necesario precisar:

A.- La Usucapión -nombre que también se da a - la prescripción, pero para referirse a ella como engendradora de derechos, no apareja el nacimiento de un derecho de propiedad a favor de la persona que lleva determinado tiempo en uso de un bien público, sino que le otorgará un derecho al uso, sin mas prerrogativas y privilegios que el que tiene el común de los ciudadanos aun cuando muchas legislaciones actuales se abstienen de tenerlo

como hijo de mejor familia -para estos efectos- según la expresión tan socorrida.

B.- La naturaleza de los derechos nacidos de este Instituto -si es que existen en asuntos de aguas- no tendrían el carácter de civiles, por lo cual su conocimiento y decisión no podrían ser tratados por tribunales civiles; en todo caso, serían los tribunales administrativos las entidades encargadas de tratarlos.

Pero no se crea que el transcurso del tiempo, sumado al uso inveterado de un bien de dominio público, engendran dominio. Es necesario recalcar acerca de este concepto, porque normas legales existen que autorizan -tal manera de pensar. Es imposible, jurídicamente, prescribir, o mejor, usucapir, contra la Administración. Los derechos que a lo sumo podrían desprenderse del aprovechamiento inmemorial de un bien de esta naturaleza serían meros derechos al uso, cuestión -como ya se dijo-, controvertible. Y que no se diga que lo que ocurre en materia de aguas de uso público, es una especie de concesión tácita, porque un concesionario jamás podrá llegar a ser propietario.

Pese a lo anterior, en una antigua jurisprudencia española, se resolvió transplantar la usucapión del Derecho Privado, a estos asuntos: Y a propósito del contenido del art. 149 de la Ley de Aguas que establece que

"el que durante veinte años hubiere disfrutado de un -
aprovechamiento de aguas públicas, sin oposición de la -
autoridad o de un tercero, continuará disfrutándolo aun
cuando no pueda acreditar que obtuvo la correspondiente
autorización" el 17 de Noviembre de 1903 se dijo: "La po-
sesión continuada por veinte años, de aprovechamiento de
aguas de uso público, sin oposición, se convierte en tí-
tulo de dominio, aunque no se acredite la autorización"
(Subrayado mio).

Es de opinarse que, la conclusión a que condu-
ce la anterior jurisprudencia es inaceptable; y jurídica-
mente insostenible.

2.- De los Propietarios riberaños.

Tradicionalmente se ha considerado en situa-
ción de preferencia frente a los demás usuarios, a los -
propietarios de predios riberaños a las corrientes de uso
público, hasta el extremo que se les releva del cumpli-
miento de ciertas condiciones o requisitos para servirse
de tales aguas.

Pero si por tratadistas y legisladores siempre
se ha considerado que los riberaños tienen en su favor -
un derecho, es de examinar la índole de este derecho, e
igualmente, si efectivamente lo es.

Y es que sin ser un derecho subjetivo de carác-
ter patrimonial, el derecho preferencial al uso de las -

aguas les produce a los riberaños, ventajas concretas - económicas expresadas en el mayor precio de sus tierras, pero mediante un proceso de repercusión como el que opera la valorización por la apertura de vías de comunicación. El derecho al uso de la calle, no es un bien patrimonial de los particulares, pero determina el aumento de precio de las propiedades vecinas.

Por esta razón, el derecho preferencial al uso de las aguas que los tratadistas suelen analizar como un derecho real subjetivo, tiene en realidad, otro carácter muy distinto y sui-génesis, porque el individuo que lo ejerce no se encuentra en una situación de derecho privado, sino en una relación reglamentaria de derecho público. Los derechos reales implican una relación directa - entre el sujeto activo del derecho y el objeto del derecho con exclusión de otra persona. Los usuarios de las aguas no están en situación semejante. En los dos casos, se trata de utilizar una cosa material, pero en el primero hay una relación directa de derecho privado y en la - segunda el individuo tiene el simple carácter de usuario sometido a los reglamentos de la Administración. Su relación con la cosa no es directa, sino sometida a reglamentos administrativos que emanan del Estado como supremo administrador de las aguas nacionales.

El derecho preferencial al uso de las aguas -

por parte de los propietarios de los predios riberaños, no es un bien patrimonial particular ya que el Estado puede ejercer sobre todas las aguas públicas su derecho soberano de supremo administrador y distribuidor de ellas en beneficio de la economía nacional.

Pero, en verdad la riberanía es un derecho? La gran mayoría de los autores que se han ocupado de estos temas dan una respuesta afirmativa. Sin embargo, el destacado tratadista Carlos H. Pareja (1), estima lo contrario.

Qué clase de derecho tiene el propietario de una finca riberaña de una plaza pública o de un camino para transitar por esa plaza o por ese camino o para absolver el aire y la luz que por éstos circulan?. Qué clase de derecho es el del viandante que crusa por un puente de uso público?. Qué clase de derecho es el del mendigo que se reclina o duerme sobre un banco del parque o de la plaza? Sea lo que sea, ese derecho es de la misma categoría jurídica que el derecho del riberano de una fuente o de un río de uso público para usar de sus aguas. La situación del propietario de la casa edificada sobre una plaza pública es exactamente igual a la del hacendado que compró y cultivó a la orilla del río. El primero tiene una situación privilegiada sobre los demás propietarios de casas situadas fuera del marco de la pla

(1) Carlos H. Pareja, Curso de Derecho Administrativo, Bogotá, 1940. 2ª. edición pág. 122.

sa: tiene mas luz, mas aire, presencia mejor los espectáculos y su finca vale mas por esas causas que él no ha creado; del mismo modo, el hacendado riberano está en una situación privilegiada sobre los demás hacendados no riberanos del río o de la fuente: puede regar mas fácilmente, usar de toda el agua que quiera, establecer industrias o mover máquinas de su finca, abreviar mejor sus animales; su finca vale más por esa causa que él no ha creado. Esto es un derecho?. De ninguna manera. A nuestro juicio, es, sencillamente, una situación, es decir, un hecho, del cual le surgen al dueño de la casa o de la finca, algunos privilegios, pero también algunas cargas, y en consideración de éstas, el Estado ampara aquellas.

Esa situación que no es el fruto de ningún trabajo personal del propietario de la casa o de la finca riberana, es una situación legal y reglamentaria, no es un derecho, y jamás un derecho civil que pueda cederse o prescribirse, arrendarse, salvo que se ceda, se prescriba, se arriende o se traspase la casa o la hacienda, por que como se trata de una situación, de un hecho, que accede a derechos reales y fijos -el carácter de dueño de casa edificada a la vera de la plaza o de hacienda levantada a orilla del río- son accesorios de éstos, lo siguen o mejor, los acompañan.

3.- De la División de las Aguas

Es una construcción exclusiva del Derecho Lusitano. Se consagra que ella debe hacerse basándose - en el principio de la economía acerca del mejor procedimiento (2) para la distribución que se pretende, y en el de justicia que dice relación a la atención suficiente a las necesidades, superficie y naturaleza propia de los predios respectivos.

La Ley Portuguesa prevé que esta división - puede hacerse con referencia al volumen o al tiempo. En cuanto a la primera forma, el fin propuesto se obtendrá por medio de canales o bocatomas a través de los cuales corre el agua con dirección a los predios respectivos; o también utilizando el sistema de caídas de aguas o entubamiento de las mismas. La división del caudal en función del tiempo será por períodos concedidos: meses, semanas, días, horas, etc.

Igualmente dentro del Código de Procedimiento Civil de Portugal, (arts. 566 y 567), se establece el procedimiento a seguir para que cese el estado de indivisión o comunidad en cuanto al uso de las aguas. Allí se contempla la petición formulada por el interesado, y que tiene que venir debidamente fundamentada; citación de -

(2) Joao Augusto Simoes Veloso de Almeida, "Comentario a Lei de Agua", Coimbra (Portugal), 1937, pág. 421 y sgts.

los demás usuarios de la misma corriente, participación de peritos quienes rendirán su concepto o experticia, - previa constatación personal y directa de los hechos objeto de la solicitud incoada, para terminar con una sentencia que declare procedente o no la súplica elevada.

4.- Del Orden de Preferencia de los Aprovechamientos.

Normalmente, -y en esto la Ley Española, - tanto la de 1866 como la de 1879 representan un positivo avance- es el propio Legislador el que en forma imperativa señala cual es el orden que se debe seguir en la distribución de los aprovechamientos de aguas de uso público. Y no puede ser de otra manera por cuanto se entronizarían el desorden y la anarquía en estos asuntos, a la vez que la Administración en caso de ser interferida por fuerzas extrañas a su propio cometido, podría cometer injusticias diversas.

El artículo 160 del estatuto precitado señala este orden. Pero desde luego que esta enumeración no se atempera hoy con las condiciones económico-sociales que demanda el presente estado de cosas; y tampoco - se compadece con los notables adelantos de muchas ciencias, cuyo avance e incidencia en la vida de la sociedad trascienden, necesariamente, al Derecho.

Una preferencia que no admite discusión, es la

relacionada con el abastecimiento de poblaciones. Su finalidad, por sí sola explica y justifica ampliamente el porqué debe tener una primacía evidente. Huelga decir - que la bebida, usos domésticos, servicios de sanidad, etc. de cualquier conglomerado humano se antepone a cualquier otra pretensión por fundada que fuere. Y en los casos - de aprovechamientos de caudales públicos, basta agregar que la respectiva solicitud de concesión será solicitada no por la primera autoridad del lugar, sino por el funcionario u organismo que el código o estatuto positivo - correspondiente, señalare.

Arriba se aceptó que esta clase de concesiones perfectamente podrían ser objeto de una tasa; pero en el caso que se ocupa, parece natural que esta exacción no - se haga efectiva.

La creciente electrificación de que hoy se ufanan los Países, ha tenido consecuencia de honda repercusión en todos los aspectos de las economías estatales, - así como en los señalados avances en el campo de los - transportes. Efectivamente; las comunicaciones por vía férrea que hasta hace pocos años se prestaban con máquinas a vapor, de relativo rendimiento, poca agilidad y baja - en comparación con las actuales - capacidad transportadora, se ven servidas por estupendas locomotoras eléctricas que dentro de este vértigo de velocidad que atravie-

sa el mundo ya igualan -y superan- en velocidad a los vehículos que transitan por las carreteras. Siendo lo anterior una observación nacida de la realidad, entonces - se piensa que el renglón relacionado con abastecimiento de ferrocarriles debe ceder paso a otros mas importantes.

El riego, junto con el abastecimiento de poblaciones, son -en mi concepto- las preocupaciones fundamentales en la materia. Su necesidad apremiante, se torna cada día mas dramática. Afortunadamente ya se está formando conciencia alrededor del buen uso y aprovechamiento de las aguas, y se han recuperado amplísimas zonas para la agricultura mediante la implantación de modernos - sistemas de presas, canales, etc., que regulan en forma exhaustiva una corriente fluvial determinada, e irrigan extensas comarcas que parecían condenadas a la explotación. El impacto que esto causa en el orden social es - apenas previsible: incremento de mano de obra, cese de - trabajadores en paro permanente, aumento en la producción con su consiguiente baja en el costo de los artículos, - aceleramiento hacia la búsqueda de un mejor standar de vida, etc.

Importancia especial tienen hoy las caídas de agua. La hulla blanca -como hoy se conoce al agua, por analogía con la hulla ordinaria- presta invaluables servicios a la industria, poblaciones, ferrocarriles y mu--

chísimas actividades de carácter económico y social. En vista de lo anterior, los estados han resuelto reservarse para sí la explotación de las caídas de agua nacionales, otorgando concesión a particulares en casos muy aislados, pero con las condiciones inherentes a esta clase de autorizaciones, y la de prestar un porcentaje determinado de la energía producida al Municipio o Provincia - donde se encontrare el aprovechamiento, sin costo alguno a cargo de la Administración concedente.

Ahora bien: En caso de aprovechamientos incompatibles, qué debe hacerse?. Ellos son los que utilizan aguas de una corriente sobre unos mismos puntos de captación o presa, o bien que impliquen el aprovechamiento de las aguas de una misma cuenca u hoyo hidrográfica en forma tal que no puedan aceptarse solicitudes, sea por la escasez de las aguas o por otra consideración técnica de modo que resulte ineludible para la Administración decidirse entre las solicitudes, eligiendo a una de ellas.

Parece que lo mas aconsejable sobre el particular sería el que en vez de fijar de antemano un criterio limitativo que con el transcurso del tiempo puede tenerse por anticuado y desueto, se adoptara un sistema mas técnico que prescindiera del casuismo que encierra -por ej.,- la escogencia en forma preferente, de una solicitud presentada con poca o mucha anterioridad frente a -

otra que encierra una mayor urgencia o necesidad.

Una clasificación de causales, en abstracto, -
podría ser la siguiente:

A.- En orden al fin a que están destinadas las
aguas.

B.- En orden a la importancia de la obra.

C.- En orden a la prioridad, y para el caso de
solicitudes en igualdad de condiciones, se preferirá la
primera, por ser el único criterio aceptable, ya que -
existe un común denominador, en cuanto a importancia, ne-
cesidad e interés.

CAPITULO VII

DE LOS APROVECHAMIENTOS INDEBIDOS

Se han estudiado sucintamente las diversas - clases de aprovechamientos que bajo el imperio de la Ley se dan. En el caso de avocar, ahora, el tema de los - aprovechamientos indebidos, ya sea los que se hacen contrariando en forma flagrante la Ley o norma reglamentaria respectiva, ya sea los que simplemente, no satisfacen la totalidad de los requisitos señalados por los mandatos legales. Y dada su íntima conexión con el tema - que se pretende acotar, entonces se analizarán las diversas sanciones que pueden darse en estas materias.

1.- De los Aprovechamientos de Hecho

Como el vocablo lo indica, son aprovechamientos de hecho, que se vienen realizando por particulares, sin sujeción a concesiones por parte del Estado.

La posición del beneficiario no es abiertamente contraria a la Ley. Lo que ocurre es que está al margen de la misma. No embiste contra ella con el vigor - que se aprecia en los casos de aprovechamientos ilegales -que mas adelante se tratarán-; aquí existe un desconocimiento de las condiciones exigidas por la Administración, o negligencia en el cumplimiento de ciertos deberes. (Ej. no solicitar la concesión, no hacer parte de la comunidad o sindicato de regantes, etc.)

Aquí, las aguas públicas son captadas arbitrariamente no solo en cuanto a su punto de extracción, sino también en cuanto a caudal, formas de utilización y devolución de sobrantes. Son, por lo general, aprovechamientos anti-económicos por la circunstancia de no obedecer a una regulación técnica, quedar sometidos al libre arbitrio del usuario, y producirse con mucha frecuencia el desperdicio por apropiación de un caudal superior al necesitado. Todo lo anterior va en perjuicio y mengua de los demás usuarios.

La posición de este aprovechador de facto que desde tiempo atrás se ha venido beneficiando de las aguas públicas, no es circunstancia atendible para conferirle dominio sobre la porción de agua que acostumbra tomar. - Son de repetirse aquí los principios enunciados al hablar de la Prescripción. A lo sumo, podría reconocersele un discutible derecho de preferencia para ser tenido en cuenta por la Administración en el momento de distribuir las aguas de la corriente que fuere. Pero ello no implica - que ésta tenga que, indefectiblemente, respetar el volumen que viene derivando, el sitio o sitios por donde lo está captando, la destinación que le ha venido dando, - etc., conserva aquí, su plena autonomía para hacer lo - mas equitativo posible la reglamentación que las circunstancias demanden.

Debe aceptarse que:

A.- Los aprovechamientos de facto causan notorios perjuicios a los usuarios presentes y futuros de una corriente determinada. Aun cuando ellos serán mas graves cuando se trate de rios de escaso caudal, o que suelen secarse con alguna frecuencia.

B.- Que a pesar de todos los esfuerzos que se despliegan por parte del Estado, y de la actividad y eficacia conque actúan la Policía de Aguas (si se ha establecido este servicio y los sindicatos o Vigilantes de los Jurados de Riego, esta clase de aprovechamientos se siguen dando. Asi que su existencia no puede ser desconocida por una Ley que trate de plasmar la verdadera realidad del Pais donde se va a hacer efectiva.

2.- Aprovechamientos Ilegales.

Se acepta que la concesión de aguas ya fue otorgada por la Administración. Situados en este estado, existen dos clases de fenómenos.

A.- Aprovechamientos Ilegales por razón de vicios atañedores al acto de concesión.

B.- Aprovechamientos Ilegales por razón de violaciones consumadas por el concesionario.

A.- Se considera por parte del autor que hay aprovechamientos ilegales cuando se encuentran vicios en

el acto administrativo de la concesión, por cuanto una - razón de hermenéutica jurídica me lleva a esa conclusión: Cuando los aprovechamientos otorgados por la Administración descansan en actos producidos con la plenitud de las exigencias legales, puede predicarse que tales aprovechamientos son legales, están conforme a Derecho, no admiten tacha de ninguna especie, por este aspecto. Argumentado a contrario sensu, se tendrá: Que todo aprovechamiento - que se desprenda de un acto ilegal, será fatal y necesariamente, un aprovechamiento ilegal.

Pues bien: Dos clases de causales hay que distinguir entre estos aprovechamientos por vicio del acto que los engendra.

a.- El vicio que ataca al acto administrativo obedece a la incompetencia del funcionario que lo - dictó, o que, a pesar de ser funcionario competente, lo produjo con desviación o ejercicio abusivo de su autoridad.

b.- La carencia de formalidades en el acto administrativo de la concesión hace que éste lleve - una nulidad.

a.- Uno de los requisitos para la validez de - un acto administrativo es el que dice relación con la - competencia del funcionario que lo dicta. Si ella falta,

no hay para que dudar de que este acto, jurídicamente es defectuoso. Pero si bien es cierto que él está en via -- de ser declarado nulo, ello no confiere al concesionario facultades para desconocerlo o violarlo. Porque es que hay mas: Mientras no sea revocado por autoridad competente, cumplirá todos sus efectos; y los actos consumados durante su vigencia, tendrán el carácter de válidos.

Quando el vicio del acto se debe a la desviación o ejercicio abusivo de la autoridad por parte del -- funcionario respectivo, los efectos frente al concesionario serán los mismos que la hipótesis anterior: Mientras su nulidad no sea declarada, el concesionario podrá seguir haciendo uso de la concesión en la forma ordinaria. Francamente, la afectación por este aspecto, --y en cuanto al concesionario-- no es ninguna. Cosa que ya no compete entrar a estudiar aquí, será la responsabilidad --civil, penal o administrativa-- del funcionario que originó el acto viciado, por una de las dos razones expuestas.

B.- Avanzando en el desarrollo de la concesión, se ha visto que la Administración otorgó la autorización, y que el concesionario ha entrado a gozar del beneficio mencionado. Pero existen cuatro supuestos que encierran un desconocimiento del querer de la Administración manifestado en el acto administrativo de la concesión. Y -- por la índole de los mismos, están produciendo un aprove

chamiento contrario a Derecho; por eso se les llama -
aprovechamientos ilegales.

Ellos son:

a.- Cuando se toma por el usuario un caudal mayor del otorgado.

b.- Cuando se da a dicho caudal una destinación diversa de aquella para la cual se le concedió.

c.- Cuando con anterioridad a la fecha señalada en el respectivo acto de concesión, se inicia la captación de las aguas.

d.- Cuando sin construir las obras que la Administración impone, se derivan las aguas concedidas.

Estas violaciones concluidas por el concesionario, pueden y deben ser sancionadas. Precisamente, esta es la materia del aparte siguiente:

3.- De las Sanciones.

Corresponde a la Administración el velar, permanentemente, la prestación eficiente y continua de los servicios públicos, así como velar por el uso adecuado de los bienes del dominio público. Para poder cumplir en forma efectiva aquellos fines, necesita de instrumentos suficientes que le permitan constreñir a los asociados para el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, así como para sancionarles en caso de infracción de los

nismos.

Requiere, pues, de la facultad de imponer sanciones a los administrados o ciudadanos, por los actos contrarios a lo ordenado por la Administración. Agregando que este poder sancionador debe ser ejercitado siempre directamente y desde luego, dentro del marco señalado por la Ley.

Pero no es lo mismo la potestad sancionadora -que arriba se definió- y la Coacción Administrativa. - Esta es la facultad que tiene la Administración de hacer efectivo el cumplimiento de lo ordenado, aún contra la voluntad del obligado (1). Efectivamente: si los ciudadanos no satisfacen los efectos que se persiguen por la Administración, ésta en desarrollo del poder intimidativo que le es propio e indelegable, dará aplicación a lo previsto en una norma anterior al hecho que provee medios suficientes para compeler al remiso. Se hará uso de medios típicamente administrativos, sin que la Ley Penal -tenga incidencia alguna. No existe ninguna norma general de Derecho Penal, que declare sancionable el incumplimiento de los deberes administrativos legalmente impuestos al individuo (2).

(1) Garrido Falla, ob. cit. pág. 174.

(2) Ernest Forstheff, ob. cit., pág. 392.

Así que la diferencia entre la Coacción administrativa y la Potestad Sancionadora de la Administración reside en que con la primera se busca prevenir el incumplimiento, o mejor, presionar el cumplimiento de los deberes; en cambio en la segunda se encuentra el remedio represivo, se pone en marcha la Administración, precisamente por la consumación del incumplimiento del deber.

Cómo actúa esta potestad sancionadora frente a cada uno de los aprovechamientos ilegales contemplados, y a los de facto?

A.- En cuanto a Aprovechamientos de Hecho.

Ya se dijo que en la generalidad de estas situaciones, no puede decirse que exista un verdadero acto de rebeldía contra los mandatos legales, sino que por desconocimiento de los mismos, no se han satisfecho cuantos requisitos se exigen. Descargar sobre estos usuarios todo el peso de las sanciones de que dispone la Administración, parece excesivo e injusto.

Lo que mas se atempera con esta condición, sería el simple requerimiento para que, dentro del plazo que fuere, tales beneficiarios se coloquen dentro de la órbita legal. Y claro, aquí sí puede entrar en juego el poder coaccionante de que se habló, al prevenirles que -

al dejar vencer el plazo otorgado sin dar cumplimiento a lo ordenado, ocasionará la suspensión del aprovechamiento de que se viene sirviendo, o unas multas cuya cuantía y oportunidad se determinarán dentro de la amplia órbita discrecional que es propia de la Administración.

La legislación colombiana, consciente de la existencia del anterior problema, ha resuelto incluir dentro de sus normas positivas, un trámite especial para legalizar (es la expresión utilizada por el Legislador), aquella situación. Es de reconocerse que principio análogo se consagró en la Ley de Aguas de Israel, al conceder 90 días contados a partir de la vigencia de la nueva Ley, para que los aprovechamientos consolidados bajo la antigua regla legal, convaliden su situación.

B.- Aprovechamientos Ilegales.

Ya fueron comentados. Ante ellos, la Administración se encuentra en la facultad legal de imponer dos clases de sanciones, a saber. Aquí ya no hay lugar a la coacción administrativa, sino directamente a la sanción, por cuanto el hecho se consumó; ellas son:

a.- La multa.

b.- La Caducidad.

a.- La multa. Constituyen la más típica -

sanción administrativa que afecta en forma directa el patrimonio del infractor. La Administración, previa comprobación de la violación de una o varias de las condiciones impuestas al concesionario y atendiendo a la gravedad de la misma, procederá a sancionar. La necesidad de que se oiga al sancionado, en diligencia de descargos, lo mismo que el trámite específico que se sigue, varía de legislación a legislación, ya que donde existen comunidades de riego (o de regantes), jurados de riego e instituciones similares, son tales organizaciones quienes en forma directa, y por delegación de la Administración, vienen a imponer las multas, a diferencia de la actuación del funcionario adscrito a la rama ejecutiva o judicial del poder público (en los Estados donde se acepta la división tripartita) que en su calidad de parte integrante del tren gubernamental, viene a sancionar.

Un punto que reviste interés es el concerniente a la posibilidad de conversión de la multa en pena restrictiva de la libertad, en tratándose de cuestiones de aguas. Y el problema cobra interés cuando se piensa en infractores que ocultan sus bienes o para burlar el cumplimiento de la sanción establecida, se insolventan, haciendo negatoria la ejecución coactiva que puede adelantarse. La respuesta a este interrogante, es la siguiente: Ni la prisión por deudas es una institución ad

mitida por el Derecho Privado, ni de modo semejante debe admitirse la convertibilidad de las deudas frente al Estado, en una sanción privativa. En este sentido hay que interpretar las soluciones del Derecho Positivo. Solo - en materia de policía general debe admitirse la subsidiariedad de la prisión; en materia de policías especiales, habrá que exigir un precepto expreso que la establezca(3).

En punto de la diferencia que existe entre la pena reglada por el Derecho Penal, y la Pena Administrativa, es conveniente tener presente: Para el Derecho Penal, la base de la imposición de las penas, es, sin duda, la imputabilidad, no ocurriendo lo propio en la pena administrativa; la primera tiene una base eminentemente subjetiva, al paso que la segunda parte de una base objetiva: Un breve ejemplo aclara suficientemente la distinción trazada: Si un loco resuelve no devolver los sobran-tes de aguas, luego de su utilización, o tomar un caudal de aguas mayor al que le fue otorgado, indudablemente se ha hecho acreedor a una pena administrativa: una multa o a que la concesión se declare caducada. Mas si ese mismo demente llegare a herir a una persona, incurriendo en un claro delito de Lesiones Personales (o Heridas) el Derecho Penal le tratará en forma especial, atendiendo a

(3) Garrido Falla, ob. cit., pág. 189.

su muy estricta circunstancia de hallarse enajenado; recaerán sobre él medidas de seguridad. El Derecho Penal solamente impondrá penas a quienes en plena normalidad lleven a término sus actos, circunstancia conexa con la de la responsabilidad, situación ésta que para el derecho penal administrativo, es indiferente.

Empero, asunto diverso será la imposición simultánea de sanciones por vía penal y por vía administrativa. Prima facie, habrá una violación del secular principio romano: Non bis in idem. Sin embargo, Fortshoff establece una perfecta distinción (4) entre la pena criminal como expiación de una acción punible cometida y por tanto referida al pasado, y la sanción coercitiva dirigida al futuro, con el fin de eliminar un peligro, y concluye que jurídicamente es viable la existencia de las dos sanciones.

(4) Ernest Fortshoff. ob. cit., pág. 462: "En una decisión antigua el tribunal supremo administrativo de Prusia anuló una sanción coercitiva para faltar a la vacunación, alegando que es inadmisibles en aquellos casos en los que ya está prevista una pena criminal, como es el caso del artículo 14 de la Ley de Vacunación. El tribunal aplicó, por tanto, en ese caso, a la sanción coercitiva, el principio de Ne Vis in idem. Sin embargo, en la decisión plenaria del 13 de Febrero de 1929, esta concepción fué expresamente rechazada estableciéndose que los preceptos penales no pueden impedir a las autoridades hacer uso de las facultades para formar a una acción, una permisón o una omisión.

b.- De la Caducidad. La ciencia administrativa acoge sin distinción, a la Caducidad como la máxima sanción, en estas materias (5). Ella se aplica no solo para los contratos que concluya la Administración, sino también dentro de las concesiones de servicios públicos, y en las de uso de las cosas públicas. Y como quedó aceptado que los aprovechamientos de aguas públicas son concesiones de uso, corresponde estudiar dentro de este aparte de las sanciones, los efectos de la caducidad en cuanto a las concesiones de aguas.

Si bien la caducidad y la revocación son medios extintivos de la concesión, hay una diferencia fundamental en su naturaleza jurídica: la caducidad es sanción por actos imputables al concesionario; la revocación no tiene ese carácter, pues en un caso, es el medio de extinguir un acto viciado de ilegitimidad y en otro caso, es el medio de satisfacer el interés público en cuyo supuesto presenta las características de la expropiación. Y se dijo que la revocación procede estando prevista o no en el acto administrativo que concede la utilización de las aguas públicas.

Las causales de caducidad vienen generalmente

(5) Carlos H. Pareja, ob. cit., pág. 28, sostiene que la caducidad no es una pena.

contenidas en las leyes; y ellas se consideran incorporadas a los actos respectivos, para efectos de su posterior aplicación. En asuntos de aguas generalmente ellas hacen referencia a la falta de cumplimiento oportuno de la obligación de construir determinadas obras, falta de pago de las tasas impuestas, abandono de la concesión, etc.

El trámite que se sigue para la imposición de la delicada sanción, no es uniforme en todos los Países. Aun cuando es de costumbre conceder oportunidad al presunto sancionado de rebatir los cargos que se le formulan, existiendo desde luego, amplia oportunidad para que la Administración verifique las actuaciones de éste, para constatar en forma fehaciente lo ocurrido. Porque en esta materia, la causal no solamente la puede alegar directamente la Administración, como suprema entidad que vigila el uso de las concesiones de aguas; los particulares, (propietarios riberanos de la corriente o no) usuarios de la corriente donde se capta el agua, o no) están en capacidad de formular ante la Administración la petición de caducidad cuando se de (n) una de las causales erigidas por la legislación, sin que la prueba de la misma recaiga a su cargo, por cuanto ésta debe ser aportada -y valorada posteriormente- por la Administración.

Las consecuencias de la declaratoria de caducidad son semejantes a las anotadas para la Revocación:

a': Ejecutoriada la declaratoria de caducidad, el concesionario cesa inmediatamente en su aprovechamiento; y

b': Las aguas otorgadas siguen siendo de dominio público.

C.- Sanciones Penales.-

Los códigos de los Delitos y de las Penas preguntan también su concurso en asuntos de aguas, al considerar dentro de su articulado, diversas acciones ciudadanas que por la gravedad que encierran lindan los límites de lo punible. Ya se ha superado la etapa de las sanciones administrativas, y se encuentra el jurista por hechos producidos no solamente por un concesionario en particular, sino por cualquier persona que pone en grave peligro la salubridad pública, o la pacífica vida en sociedad.

Dos clases de figuras son penadas por la legislación penales:

a.- El envenenamiento de las aguas

b.- La destrucción de diques o canales para precipitar inundaciones.

a.- El hecho de arrojar sustancias venenosas a las aguas que van a ser consumidas por los habitan-

tes de una ciudad o población, fué tenido en el Derecho Romano como una injuria contra las bone mores. Pero los verdaderos antecedentes de este delito se hallan en el derecho germánico ya que las constituciones sajonas le sancionaban (6) con la pena de muerte.

No hay unidad de criterio entre los expositores de derecho penal sobre si es necesario para sancionar que las aguas objeto de la inutilización estén destinadas al consumo humano o no. Los códigos de los distintos países tampoco reflejan unidad, ya que algunos sancionan como delito el envenenamiento de aguas destinadas al aprovechamiento de poblaciones, y solamente ese evento; en cambio hay otros mas amplios que cuando las aguas están en aptitud de servir para otros usos como abrevaderos, fuerza hidráulica, etc., encuentran motivo de sanción penal (7).

Para la existencia de este delito es indiferente el que las aguas se vendan, se hallen dentro del haber público, estén destinadas a usos domésticos, sirvan para regadíos, sean de propiedad privada o no. Basta - que las sustancias mezcladas al agua la hagan nociva para

(6) Código Penal Español, comentado por Cuello Jalón.

(7) El art. 347, inc. 2o, Cód. Penal Español, no sanciona sino los envenenamientos que dejan las aguas nocivas para la salud.

la salud (o la hagan imposible de ser aprovechada para otros fines, si se sigue un criterio mas amplio sobre este particular), para que se tipifique esta figura penal. No habrá delito si el agua simplemente se ensucia, pierde su color. Así como será mas grave el delito y sancionado con mayor rigor, cuando ocurre el deceso de una persona por este motivo.

El elemento subjetivo del delito reside en la conciencia que tiene su autor, de que el objeto o sustancia arrojados son nocivos para la salud, y de que el agua sirve para la bebida.

Los países que tiene normas especiales para la reglamentación de la Pesca, normalmente contemplan sanciones para quienes producen envenenamientos de aguas con fines de pesca.

b.- La destrucción de diques, canales, presas, la obstrucción o variación del curso de las aguas, y cualquier otro hecho que conduzca a una inundación, - tiene severo castigo dentro de la Ley punitiva.

Se sanciona en este caso, no solo el daño o destrucción que se causa a las cosas materiales con una avenida incontrolable; también se pena el peligro colectivo que aquellas acciones encierran. En verdad, actos de esta naturaleza a mas de dislocar el orden social, hacen que cunda la alarma, se produzca una situación espe-

cial de intranquilidad y de desasosiego en general que -
puede tener repercusiones profundas, aun cuando bien pue
de suceder que no haya daños directos.

D.- Sanciones Civiles.

No podría decirse con exactitud que son sancio
nes las acciones a que dan lugar determinadas conductas
engendradoras de daños. O mejor, que estas acciones -
tienden a buscar unas sanciones. Se persigue, por medio
de una actividad jurisdiccional, que quien con el uso -
abusivo de las aguas, la privación intempestiva de las -
mismas por razones ajenas a la Administración pública, -
cause un daño cierto a un particular, sea obligado a in-
demnizarlo en la cuantía que se señale.

Se trata de una acción por indemnización de -
perjuicios, común y corriente. Reglada por normas de De
recho Privado, y ajena a la materia de este trabajo.

CAPITULO VIII

FUERZA HIDRAULICA

-

1.- Los países que hoy atraviesan una etapa de subdesarrollo industrial, y los que aspiran a consolidar el que ya tiene, necesitan de una base para alcanzar este objetivo consistente en detentar un amplio potencial eléctrico que respalde sus planes y programas.

No se trata ya, de obtener hidroenergía para mover los anticuados molinos, tal como acontecía en los albores de la civilización. Lo que se busca es, mediante el aprovechamiento de las aguas, llevar la electrificación tanto a campos como a ciudades; a las industrias que se desarrollan en las aglomeraciones urbanas, como - las que se tienen asiento en las zonas rurales.

Insospechable interés tiene cada Estado en la utilización ordenada y racional de sus recursos hídricos no solo con miras a la elemental e imperativa satisfacción de las necesidades humanas, sino también para contribuir en forma directa al proceso de industrialización que se está incubando o se halla en pleno florecimiento. Esto no contradice, ni mucho menos, la existencia de una política de riegos. Las dos situaciones pueden ser contempladas simultáneamente, sin que haya motivo alguno para afirmar que ellas se excluyen. Bien por el contrario, se conexianan y complementan.

Lo anterior subraya el afán estatal por preser

var sus recursos acuíferos a base de efectivo control en los aprovechamientos de rígido sistema de sanciones para quienes desperdicien o inutilicen el valioso elemento; - concluyendo planes de reforestación, etc.

2.- Sin embargo, y por virtud del sorprendente adelanto de las ciencias durante el lapso correspondiente a esta primera mitad del Siglo XX, la producción de energía no se hace solamente a base de la explotación de los saltos o caídas de agua. Se ha descubierto que la fuerza eléctrica puede obtenerse por procedimientos diversos.

Se consigue fuerza motriz por la combustión de elementos sólidos (hulla, v.gr.,) y gaseosos, (gas natural, p. ej.,). Igualmente, la fuerza motriz se obtiene - luego de superado un proceso en el que juegan papel primordial átomos de uranio, hablándose entonces de energía nuclear. Y también, por la utilización de las fuentes - de agua, incorporándose la que resulta de lagos, estanques y lagos, canales de navegación y canales de derivación. Esta última bien llamada Fuente Hidráulica, será objeto de comentario en relación a su tratamiento legal y forma de utilización.

3.- Puede afirmarse que hay unanimidad en las legislaciones mundiales (1) en aceptar la explotación de

(1) PERU: Código de Aguas, Ley de 18 de Febrero de 1902,

la fuerza hidráulica, mediante la fórmula de la autorización estatal.

Se trata, en el fondo, de una verdadera concesión. Pero que confiere a la Administración mayor número de atribuciones y prerrogativas de las señaladas con relación a las concesiones de aguas, y que se hallan de acuerdo con la naturaleza específica de esta figura. Y como cuestión correlativa, recaen sobre el concesionario, obligaciones diversas.

Dentro de las obligaciones, -a mas de las conocidas- las mas relevantes son:

A.- Sin excepción, debe pagarse anualmente una tasa proporcional a la fuerza normal de energía derivada.

B.- Bajo ningún pretexto, se puede sobrepasar la tarifa máxima fijada en el acto administrativo que otorgó la concesión.

C.- Al igual que en las concesiones de agua el concesionario se encuentra en la imposibilidad de ceder, vender o traspasar el derecho de explotación de que es beneficiario.

y normas que lo adicionan y reforman.

FRANCIA: Ley de 16 de Octubre de 1919.

COLOMBIA: Ley 113 de 1928.

BRASIL: Art. 143 de la Constitución, en concordancia - con el Código de Aguas, Ley de 10 de Julio de 1934.

ARGENTINA: Art. 40 de la Constitución Federal Argentina, de 1949.

D.- Es bien entendido, que al finalizar la respectiva concesión (ya sea por expiración normal del plazo, por caducidad decretada, o por rescate por parte de la Administración), las edificaciones, elementos de explotación de la misma, y demás bienes que contribuían a tal fin, pasarán a propiedad del Estado.

- - - - -

Fuera de todas las autorizaciones que la Administración concedente tiene -y que ya se dejaron sintéticamente señaladas- es de destacar:

A.- El control permanente, por parte del Estado, y en cuanto al aspecto técnico, de la forma como se desarrollan los trabajos, se disfruta de la caída de agua, y, en una palabra, se explota la fuerza hidráulica. Lo propio ocurre en el campo financiero, extremándose - las facultades estatales hasta el punto de revisar periódicamente la contabilidad y demás efectos afines del concesionario.

B.- La imposición a los beneficiarios, de
RESERVAS:

Para proveer de (a) energía eléctrica a ciertos servicios públicos, o para (b) colaborar con el desenvolvimiento agrícola de las regiones bañadas por la

corriente de donde el agua es tomada, existe en favor de la Administración autorización para hacer efectiva parte de la energía otorgada.

La cantidad de la RESERVA viene señalado en la norma legal respectiva, pero depende también de las necesidades de los servicios públicos, evaluadas por los funcionarios correspondientes; y de las que demanden las empresas agrícolas de interés general, que funcionen en la zona.

La primera razón (a) obedece al criterio de - ayuda general a los servicios públicos, cualquiera que - fuere su ubicación; la segunda (b), por cuanto es de justicia que se beneficien de aquella "reserva" las regiones vecinas a aquella de donde viene la producción hidráulica.

Debe señalarse, finalmente, que estas reservas, son siempre (esencialmente) facultativas de la Administración. En verdad, cuando la Administración encuentra que durante el término de la concesión se pueden presentar necesidades que satisfacer, está en pleno derecho para imponer esta clase de medidas.

- - - - -

4.- Se ha podido observar que las nacionalizaciones se han producido en el panorama mundial por olas

sucesivas (2) que caracterizan diversos períodos, cada uno de los cuales presenta una fisonomía propia. El primero de ellos arranca inmediatamente después de la conquista de poder por los bolcheviques, como consecuencia de la Revolución Rusa de Octubre de 1917. Los postulados políticos del marxismo-leninismo condujeron a una casi total extinción de los sectores económicos privados, que ha sido la tónica general de los regímenes comunistas, no obstante las rectificaciones que han tenido lugar en etapas posteriores.

En el período comprendido entre las grandes guerras, los países de la Europa no comunista realizaron ciertas nacionalizaciones parciales. Así, la aviación comercial y la radiodifusión en Gran Bretaña, y la aviación comercial y fabricación de material aeronáutica en Francia. Estas nacionalizaciones fueron respetuosas con la propiedad privada en el sentido de que —a diferencia de las rusas— comportaban el reconocimiento de las correspondientes indemnizaciones.

Ahora bien: es después de la segunda guerra, —cuando la nacionalización deja de ser un fenómeno excepcional. La Constitución francesa de 27 de Octubre de 1946,

(2) Fernando Garrido Falla, ob. cit., pág. 332.

decía en su preámbulo: "...todo bien, toda empresa cuya explotación tenga o adquiriera caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad". Y esgrimiendo esta autorización constitucional, se fortalece un movimiento nacionalizador que lleva a manos estatales las fábricas Renault, toda la producción de carbón de Francia, mas de 2.500 empresas de electricidad y gas, el Banco de Francia y el de Argelia, otros cuatro grandes bancos de depósito, así como las cuarenta mayores sociedades de seguros.

En Inglaterra, como consecuencia de la subida al poder del Partido Laborista, y sin necesidad de cambios constitucionales, se aplica, a partir de 1945, una política de nacionalización que afecta principalmente a las industrias de combustibles, producción de energía, transportes, producción de hierro y acero, desarrollo económico de las colonias e importación y venta de algodón en bruto; asimismo, una ley de 1946 (the Bank of England Act) ha transferido al Estado, la propiedad del capital del Banco de Inglaterra. En el terreno de la planificación urbana y rural, las nuevas competencias acordadas a las autoridades administrativas (por la Town and Country Planning Act., 1947) las encargan de un completo control sobre la puesta en valor y explotación de toda -

clase de terrenos.

Ante un panorama extraído de acontecimientos - frescos -por los recientes- ya se han dado los pasos legislativos que consagran la nacionalización de la Fuerza Hidráulica.

Es que, al fin y al cabo la nacionalización de la Fuerza Hidráulica no es, ni mucho menos, una expropiación en provecho de la Nación. Es una reorganización de un servicio público.

CAPITULO IX

A C C I O N E S T A T A L

Es evidente que el aspecto privado de las -
aguas, lo mismo en los aprovechamientos de las públicas
que en los de las privadas, (1) cede paulatinamente su -
viejo derecho de soberanía reconocido en los códigos y -
se pliega, por la misma dificultad de una defensa colec-
tiva, a las exigencias de la intervención estatal en -
aras del interés general de la Nación. (subrayo)

Efectivamente: Como fórmula equidistante entre
las dos grandes corrientes del pensamiento acerca de la
organización estatal; entre la Teoría Individualista del
laissez faire, laissez passer (Estado Gendarme), y la Teo-
ría Socialista, ha surgido la Teoría Intervencionista co-
mo natural producto de las exigencias de una sociedad en
pleno desarrollo.

Punto tan controvertido como éste, y que encie-
rra material suficiente para tratados acerca de la Teoría
del Estado, no es del caso exponerlo en este trabajo. -
Mas como dentro de sus múltiples facetas hay ciertas ac-
tuaciones estatales que tienen íntima relación con la ma-
teria en estudio, se acotarán los temas referentes a la

(1) Gay de Montellá, "El Concepto Privado de las Aguas".
Madrid, 1954, pag. 12.

Imposición de Tasas y Contribuciones, Imposición de Servidumbres, Servicio de Vigilancia, Política de Riegos, y de Desección de Lagos y Lagunas, por cuanto considera - el autor que son de manifiesta incidencia en este aspecto del intervencionismo que hoy preside toda fórmula de gobierno.

1.- Imposición de Tasas.

A.- El uso de las cosas públicas puede dar lugar a imposición por parte del Estado, y dentro de determinadas formalidades, a la imposición de prestaciones en dinero. Situación totalmente diversa a la que se presenta cuando el Estado se procura renta para la satisfacción de sus necesidades, evento en el que se está en presencia del poder tributario.

Un equivalente al ejercicio de la concesión de uso se solicita por la Administración atendiendo a consideraciones de equidad y de justicia distributiva (2) que exigen se imponga aquellos que obtienen un beneficio especial de dicho servicio, una prestación remunerativa especial.

Las tasas al uso tiene por sí mismas una tradición histórica, pero sus formas jurídicas han debido va

(2) Otto Mayer, "Derecho Administrativo Alemán", Tomo IV, 1951, pag. 210.

riar según los cambios que se han producido en las bases del Derecho Público. En el régimen primitivo, esas tasas constituyen el objeto de un derecho de supremacía especial del príncipe. Los peajes de rutas, de ríos, de puentes se encuentran entre las regalías, y entre las regalías bajas, pudiendo pasar a los municipios o a los particulares por convención o por posesión inmemorial.

A los privilegios complicados, y en parte perjudiciales que de ahí resultaran para el interés público, el Estado del régimen de policía trata de oponer las medidas sistemáticas de su administración. Impone reducciones a las tasas existentes, o bien las suprime completamente de ordinario contra indemnización. Se reserva el derecho exclusivo de establecer nuevas tasas.

El estado constitucional, finalmente, coloca también la fijación de las tasas bajo la reserva de la Ley. Los reglamentos de fecha anterior, cuando se han publicado, se consideran leyes constitucionales según la costumbre general.

B.- Mas conviene establecer, -así sea en forma superficial- las diferencias entre Tasas y Contribuciones. En cuanto a su naturaleza, se entiende que la "tasa" es el equivalente (3) de las ventajas que el indivi-

(3) Otto Mayer, ob. cit., vol. II, pág. 198.

duo obtiene personalmente de la utilidad que los servicios públicos ofrecen al público; la causa y la medida de la obligación de pagar residen en el acto mediante el cual el individuo hace uso de dichos servicios. En tanto que las "contribuciones" son pagos en dinero que el individuo debe efectuar con destino a empresas o establecimientos públicos, porque se supone que tiene particular interés en la existencia de ellos y en su funcionamiento en general; son las ventajas que se obtienen no de actos de usos aislados, sino de una situación creada; ventajas a cuya consecución el individuo contribuye por su parte.

En cuanto a la entidad o autoridad que las crea, precisa decir que las contribuciones solamente podrán ser erigidas como tales por el Legislador, sin que quepa delegación de éste al organismo administrador, agregándose que por ello la Ley señala la fijación del tipo y la proporción del impuesto. Dándose, por el contrario, -en cuanto a las tasas se refiere- y con inusitada frecuencia, el caso de autorizaciones a la Administración, la que teniendo en su poder una regla de derecho, tiene expedito el camino para imponer las que juzgue oportuno.

Estas tasas deberán adecuarse al contenido de la concesión. Y podrán establecerse en el mismo acto ad

ministrativo, sin que haya para lo anterior impedimento legal o doctrinario. Cuando se da el supuesto de un otorgamiento permanente de concesiones, se encontrará la necesidad de señalar tarifas fijas que se graduarán en la forma prevista por la norma reglamentaria.

C.- Estos principios doctrinales, han servido para que la Ley italiana N°. 1775 de 11 de Diciembre de 1933, hable de que toda persona que use aguas públicas, debe pagar semanalmente una tasa. Y también para respaldar lo estatuido en el capítulo IV de la Ley de Aguas de Israel (1959), que dedica 16 artículos al problema de los costos y precios del agua, estableciendo el correspondiente sistema tarifario (4).

En Córdoba, (Argentina), el artículo 19 de la Ley 3997 señala un cánón, por anualidades y por hectáreas concedida.

Merece especial mención el decreto N°. 891 de 1942 (Abril 10.) de Colombia, que deja a opción de la Ad

(4) Martín-Retortillo Baquer, "Régimen Jurídico de las Aguas en el Estado de Israel", Estudios en honor del profesor Jordana de Pozas, tomo III, volumen I. Y agrega el mismo autor: Es al Ministro de Agricultura, previa audiencia del Consejo de Aguas, el que le corresponde fijar los costos del agua sobre la base de los gastos de instalación y explotación, debiendo considerar, además, otros factores como son los intereses, la posible depreciación de la moneda y otros gastos que realmente hayan podido incidir en el costo del agua.

ministración el imponer a los interesados -usufructuarios de aguas públicas, no la obligación de pagar una tasa, - sino "el servicio de vigilancia que garantice el cumplimiento de las condiciones impuestas en el respectivo reglamento".

2.- Servidumbres Administrativas.

A.- Al Derecho Civil compete determinar el concepto de la servidumbre como derecho limitado del dominio; pero el Derecho Administrativo modifica estas disposiciones por razones de orden público. Así la idea de servidumbre en Derecho Civil implica el gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro, o en provecho de una persona o comunidad. En uno y otro caso, el sujeto de la servidumbre es determinado, mientras que en las servidumbres públicas el sujeto es la colectividad, no pudiendo señalarse los que eventualmente la ejercerán.

Ejercitándose con frecuencia por el Estado la imposición de servidumbres para la realización del fin público de proporcionar goce a la comunidad; y como quiera que en régimen de aprovechamiento de aguas se hace indispensable que el concesionario pueda disfrutar del volumen líquido otorgado, por un sistema expedito cual es la imposición de la servidumbre correspondiente por parte de la misma autoridad que le ha concedido la merced, en este aparte se estudiarán algunas nociones fundamenta

las relacionadas con tal tema, haciendo exclusión expresa de las bien estudiadas servidumbres de los Tratados y Manuales de Derecho Civil, cuales son las de Camino de - Sirga, Acueducto, Presa, Desagüe en predios inferiores, etc....

B.- Puede entenderse por tal un derecho público real, constituido por una entidad pública (5) sobre un inmueble de dominio privado, con el objeto de que este derecho sirva al uso público como una extensión o dependencia del dominio público, es Servidumbre.

Esta servidumbre, al igual que ocurre en el Derecho Civil, aparece como una forma de poder jurídico - restringido que actúa directamente sobre la cosa. Además, por esencia, es un derecho real (6).

Es de aceptar que el sujeto activo no se encuentra en forma tan notoria como acontece en la servidumbre del derecho privado. Ello no significa que no exista. - El consiste en la comunidad, como arriba se precisó. Esta circunstancia ha hecho que el tratadista García Ovie-

(5) Rafael Bielsa, ob. cit., pág. 385.

(6) Bielsa, (tomo III, apg. 392) opina que existen servidumbres personales, de derecho público. Y ellas son las establecidas para servir a la colectividad, como en el caso de otorgar facilidades para visitar un museo privado, por parte de alumnos de una Academia.

do opine que si por (7) servidumbre entendemos toda carga impuesta a un fundo en beneficio de otro, (servidumbre real), las servidumbres administrativas no lo son realmente. En la mayoría de ellas se observa la falta de un predio dominante y en las que parece existir, (zona militar, canal, camino), mas que de un verdadero predio dominante, se trata de un servicio público, de un fin administrativo a cuya realización un predio sirve.

C.- La servidumbre debe tener siempre como fundamento, una ley. De lo contrario, su nacimiento no es válido. Aclarando que si la propia Ley no crea la servidumbre, bien puede dejar el acto administrativo, la facultad de darle viabilidad (8).

Sin embargo, debe distinguirse cuando un acto administrativo declara expresamente, en el caso individual, que la servidumbre existe; a cuando la Administración, en acto discrecional fundamentado en ley anterior, crea o impone la servidumbre.

En la primera situación, aquel acto tendrá el carácter de verdadera decisión. En la segunda, la Admi-

(7) Ob., cit. pág. 223.

(8) Bielsa, ob. cit.m pág. 396, señala las siguientes formas de constitución de una servidumbre: Por la Ley; Por el acto administrativo; por hechos administrativos; y, finalmente, por prescripción.

ministración goza de facultad de apreciación en cuanto - al interés público, así como a la extensión de la servidumbre. Pero a diferencia de lo que ocurre en materia - de policía, la Ley jamás podrá abandonar completamente - al arbitrio de la autoridad, las medidas que deban tomarse. La norma determina siempre la servidumbre, por lo - menos en cierta medida, designando el carácter de la empresa o las circunstancias dentro de las cuales podrá imponerse tal restricción, así como la naturaleza de la que podrá exigirse. Dentro de estos límites, la autoridad - crea la servidumbre por medio del acto administrativo, y ella solamente existirá desde el momento en que se notifique este acto al propietario interesado.

D.- La servidumbre impuesta hace nacer un derecho a la indemnización, como resultado de las medidas tomadas y que han venido en beneficio del Estado o de los particulares. Esta indemnización, no corresponde a la - obligación de pagar una tasa (ya vista) y de que podrían estar acompañados los derechos de uso de los particulares, sobre las cosas públicas.

La obligación de pagar la tasa solo existe en virtud de una disposición especial; por el contrario, el derecho a la indemnización es creación de una regla general y superior del Derecho.

La declaratoria de utilidad pública; la forma de estimar la indemnización y su modo de hacerla efectiva, son temas que no se tratarán.

Un principio de justicia impone que quien reciba un beneficio a costa del perjuicio de otro, debe resarcir esta lesión. Así que si la declaratoria estatal crea una servidumbre en favor y beneficio de un concesionario de aguas, será éste, necesariamente, quien debe correr con la indemnización. Si lo fuere el Estado, pues habrá que demandarlo de él.

Razones de economía imponen a la Administración el resolver conjuntamente las dos peticiones sobre otorgamiento de la concesión e imposición de la servidumbre. Es que no puede alegarse que el expediente de constitución de servidumbre, en eventos como el que se ventila, no es de naturaleza administrativa. Si una norma superior -y anterior- esto declara, pues hay que atenerse a ello. Con la mención de que la doctrina no encuentra tropiezo para lo anterior. Conviene que esto suceda, por cuanto así también se evita el otorgar o imponer servidumbre en favor de predios que no gozan de concesión de aguas, y que bien pueden destinarse a otros fines distintos a los muy altos que persigue el Legislador.

Aceptando que las mercedes de aguas se otorgan en beneficio de fincas, predios o inmuebles rurales, no

reviste importancia la discusión en que se enfrasean algunos autores al preguntarse si la minoría de edad impide adquirir una servidumbre de acueducto, por razón de la falta de capacidad, por una parte y de tratarse de una limitación del derecho de propiedad (9).

E.- El derecho a imponer servidumbre de acueducto sobre propiedades ajenas, para el riego, usos industriales, generación de energía o fuerza motriz, lo consagran la mayoría de las legislaciones; y se entiende que se trata de un derecho inherente a la concesión de uso de aguas públicas. Correlativamente, las leyes autorizan la ocupación y aún la expropiación, de los terrenos particulares necesarios para cavar en ellos los acueductos y asentar las obras de captación, derivación y embalse. Cuestión idéntica ocurre con relación a la servidumbre de desagüe. (10)

Pero las legislaciones han avanzado mas todavía: se impone a los concesionarios de aguas públicas, por el hecho de recibir la concesión, la obligación de permitir, en el futuro, la constitución gratuita de la servidumbre de acueducto, en favor de terceros, dentro

(9) Gay de Montellá, ob., cit., pág. 267.

(10) Código de Aguas del Brasil.

de sus inmuebles.

La legislación chilena ha dado tal importancia a este asunto, que ha resuelto establecer "de jure" la servidumbre de acueducto (11).

Y que lo anterior no es cuestión de última hora, lo acredita el art. 75 de la Ley de Aguas de España que autoriza a los Ministros y Gobernadores, respectivamente, a "imponer la servidumbre forzosa de acueducto". (Ley de 1879).

3.- Riegos. Desección de lagos y pantanos. Obras de defensa.

A.- Riegos:

a.- El regadío ejerce una influencia psicológica colectiva, en cuanto proporciona un mínimum de seguridad económica, desde que no sujeta al agricultor a la incertidumbre de la sequía, como en las otras zonas, (12). Y esa relativa estabilidad mueve a mejores empresas y representa una repercusión inmediata en la ejecución del trabajo, porque éste se hace con la certidumbre de que dará frutos.

(11) Sofía Saak Neron, ob. cit., pág. 67.

(12) Guillermo J. Cano. Ob. cit., pág. 42.

Igualmente, no debe despreciarse la enorme influencia que el regadío ejerce sobre un problema de permanente actualidad, tanto en Europa como en América, y - que reside en la despoblación de los campos, con su lógica consecuencia de abundancia de mano de obra y desempleo en las ciudades. Un apropiado régimen de riego, traería redentora inversión de gentes a los campos, estimulándose así la agricultura y se vería fácilmente la trascendencia de este sistema en el plano de la economía nacional.

Por lo demás, cada día que transcurre se observa una mayor intervención del Estado en la redacción de planes y en la ejecución de las obras que cada vez adquieren, asimismo, mayor complejidad, abarcando la total utilización de los recursos naturales de regiones enteras. Así como un incremento en la ayuda económica, tanto por el número y la clase de obras que el estado realiza a su costa, como en la cuantía de las subvenciones y préstamos que concede a las economías privadas. En síntesis, se vive una preocupación que cada día crece mas, y persigue una mejora técnica-social de la nueva economía agraria que nace en las zonas transformadas. (13)

(13) Emilio Gomez Ayau, El Estado y las grandes zonas regables. Madrid 1961, pag. 1.

Puede afirmarse con énfasis que en esta segunda mitad del Siglo XX todo plan de política estatal cuenta dentro de sus aspiraciones mas caras, la de una adecuada política de riegos. Ella se ha colocado como una de las realizaciones inaplazables (14) por parte de los gobiernos, habiendo escalado así, en el curso de un breve lapso, categoría y posición que antes se reservaban para los gastos de una política armamentista, de sostenimiento de burocracia, etc. Su apremiante necesidad, y su incontrovertible importancia se ha venido reflejando en las ejecuciones presupuestales que en cada año el Estado se preocupa por destinar a este renglón; y también en la trascendental relevancia que los organismos especializados, de carácter internacional, han venido pregonando por todo el orbe (F.A.O.; Consejo Interamericano Económico y Social de la O. E. A., en América).

b.- Las circunstancias que han obligado a los Estados a adelantar una activa y eficaz política de riegos en el mundo, son muy diversas. Sin pretender señalar todas las que tienen incidencia en el problema, se dirá: La distribución de las aguas en el mundo es muy -

(14) Teodoro Roosevelt, en su mensaje al Congreso, dijo: "Es un deber del gobierno de la Nación hacer utilizables las corrientes y los rios de las regiones secas, mediante obras de ingeniería que permitan el almacenamiento de sus aguas..."

desigual; aproximadamente en una tercera parte, éstas no alcanzan los 250 milímetros al año. En otra tercera parte, su volumen se encuentra comprendido entre los 250 y los 500, y por último, en el resto, la lluvia es superior a esta última cifra. Con menos de 250 milímetros, la agricultura sin regadío es imposible y entre 250 y 500, el agua de riego es indispensable si se quiere lograr una agricultura medianamente intensiva (15).

Ahora bien: Dentro de la política de regadíos, hay que distinguir varios casos: Cuando la transformación en regadío es la única posibilidad de crear o mejorar su agricultura para que pueda vivir una población y que esta población crece a su vez una demanda de productos que permita la mejora económica del País, los nuevos regadíos constituyen el primer paso de la recuperación del País. 2º: Puede que la finalidad dominante sea la de creación del regadío, y la secundaria la obtención de la energía eléctrica en una primera fase, o por el contrario, que la obtención de energía sea preponderante y el regadío tenga menos importancia. 3º. Se trata, simplemente, de una parte de la conservación del suelo, y de los restantes recursos naturales: se integra así, un complejo pro-

(15) Alejandro Torrejón Montero, Colonización de las Grandes Zonas Regables, Revista de Estudios Agro-Sociales, Oct-Dicr.61, pág. 21.

ceso de conservación hidrológica, hidráulica, de la energía, del suelo, de la lucha contra la erosión y las inundaciones, e incluso de los fines sanitarios y de mejora, en general, del nivel de vida del País. 4º. La transformación de regadío es solo un aprovechamiento secundario de las aguas represadas y utilizadas para producir energía, porque el régimen de lluvias no hace necesario los riegos.

Y dentro de las causas que se apuntan, no debe olvidarse el vertiginoso aumento de la población en el mundo, que se ve aumentado a razón de 120.000 nuevas bocas que alimentar cada día, según informes oficial (16).

Igualmente, el portentoso avance de la técnica, que ha hecho que innumerables planes puedan llegar a feliz término con ahorro de tiempo y dinero.

El ingente patrimonio que requiere una obra de esta naturaleza, que la hace poco menos que inaccesible por particulares; la imposibilidad de absorber los beneficios que ella trae consigo, de una manera automática; y la experiencia que se tiene de las bondades (en este aspecto) que ocasiona una sana intervención estatal, obligan al Estado a realizar esta clase de obras.

(16) Aun hay millones de hambrientos, F.A.O. Roma, 1957.

c.- Pero en punto de construcción de estas grandes obras, pueden considerarse estas tres situaciones:

a'.- Puede ocurrir que los usuarios de las aguas públicas, constituidos en Asociaciones o no, resuelvan emprenderla, con fondos tomados de ellos mismos. O - que una vez concluida la obra, por parte del Estado, éste -desempeñando un papel de simple agente financiero y ejecutor de obra por cuenta de los interesados- obligue a los usuarios a reembolsar el costo total de lo invertido.

b'.- Consciente el Estado de las importantes repercusiones que para la economía trae un bien concebido plan de riego, sin recurrir a la cooperación de los presuntos beneficiarios, y con sus exclusivos recursos, proyecta y concluye la obra. Cuáles son los medios legales, cuál es el camino seguido a lo jurídico, que debe el Estado seguir para financiar obras de este tipo?

Brevemente se dirá:

a'': Otorgando una concesión a la empresa constructora. Se trata, pues, de dos concesiones: la primera, concesión de construcción de obra pública: - la segunda, concesión para la explotación de un servicio.

b'': Por asignación de cuotas fijas de dinero, o referidas porcentualmente al monto de sus ingre

ses generales, con destino a formar fondos para la construcción de grandes obras de irrigación. De este modo - se imponen asimismo la obligación de desarrollar un plan de construcciones hidráulicas de carácter permanente.

g'': Por afectación de recursos especiales, provenientes, por ejemplo de regalías petrolíferas, (Colombia) o del impuesto pro-desocupados, (Perú), o del producto de la venta de tierras fiscales irrigadas, (San Luis, Argentina).

d'': Por emisión de títulos de deuda pública.

e'': Por financiación mixta con otras rentas producidas por las aguas. Ej.: Con el producto de la energía eléctrica, se costea parte de los gastos de explotación de los sistemas de riego. (Chile).

f'': Entregando en pago, parte de las tierras irrigadas (17).

g'.- Conjuntamente, Estado y particulares, realizan la obra. Es una fórmula mixta, en la que se conjugan las ventajas de la iniciativa particular y el fuerte patrimonio estatal, siempre superior a la del in-

(17) Guillermo J. Cano, "Leyes de Aguas en Sudamérica", FAO. 1956, págs. 194 y 195.

tegrante de la comunidad (18).

B.- Desecación de Lagunas y Pantanos

a.- Dos son los motivos que pueden exigir la acción del Estado en este campo el cultivo, o la salud pública (19).

Ninguna discrepancia de pareceres surge respecto a la intervención del Estado por el segundo de los motivos: la unanimidad en reconocer este derecho es perfecta, pues la salud es un interés social considerable que no puede quedar abandonado a la voluntad y libre juego de los intereses de los particulares.

Mas no ocurre otro tanto en lo que atañe al cultivo. Las viejas legislaciones, imbuidas de un espíritu individualista y reconocedoras de un derecho ilimitado de propiedad privada, abandonaban enteramente al propietario este cuidado. En la Exposición de Motivos de la Ley Española de Aguas de 1866, se expresaba que en lo referente al cultivo solo el interés de los propietarios debe ser juez de su conciencia, sin que el Es-

(18) Ver Ley de 30 de Junio de 1939 de España. Boletín Oficial de 3 de Julio de 1939, sobre Auxilio para Obras de Riego.

(19) García Oviedo, ob. cit., pág. 744.

tado pueda compelerles a mejorar la condición de su propiedad solo para convertirla en fructífera, como no compele al dueño de un terreno erial a que lo roture o al dedicado a un cultivo poco productivo a que lo destine a otro mas pingüe.

Mejor visto el problema hoy, la estimación reciente de una función social de la propiedad, limitada por motivos de interés público e incluso por razones de cultivos, hace que intervenga el Poder Público a los efectos de lograr un mejoramiento agrícola e de lograr una mejor distribución de las explotaciones de esta naturaleza. El sistema de economía dirigida que hoy prevalece, y la extensión de la expropiación forzosa a otros sectores, y su autorización por otras causas que las clásicas de una utilidad pública, pruebas elocuentes son de que las consideraciones e intereses puramente privados no pueden, en modo alguno, anteponerse a los intereses mas fundamentales de la colectividad. El Derecho moderno no autoriza la existencia de un bien ocioso cuando de sus utilidades necesita la colectividad.

b.- Estas realizaciones no pueden correr solamente a cargo del Estado. Los particulares pueden -y deben- ser obligados a colaborar. Repasando algunas de las fórmulas legales halladas por los Estados, se verá el *modus operandi* de la cuestión.

El artículo 71 del Código de Aguas del Perú, - luego de que un pantano o ciénaga es declarado insalubre por las autoridades administrativas, impone a su dueño - la obligación de desecarlo. Y si éste rehúsa hacerlo, - la Administración puede otorgar el trabajo en concesión a un tercero con derecho para éste a expropiar el terreno al precio anterior a los trabajos de mejoramiento.

El sistema de la concesión lo adoptan también Brasil y Bolivia. Esta última, autoriza otorgarla por - 99 años, y si con las aguas provenientes de la deseca- ción se pueden hacer riegos, se permita al concesionario recibir un cánón de los regantes (20).

Los Códigos de Chile, (art. 202) y Procesal - del Ecuador, (art. 741), extienden también el régimen de imposición de la servidumbre de acueducto a las necesida- des para desecación de ciénagas. Las leyes peruanas (art 69) y boliviana, (art. 84) autorizan la extracción gra- tuita de materiales de construcción de terrenos públicos, para la ejecución de estas obras.

A manera de paréntesis, nada mas, se dirá que las anteriores disposiciones no son sino traslaciones he- chas al Derecho Positivo de aquellos países suramerica-

(20) Guillermo J. Cano: "Leyes de Aguas en Suramérica",
pág. 219.

nos, de los dictados de la Ley Española de Aguas de 13 - de Junio de 1879. (21)

Finalmente y acerca de la manera de financiar aquellas realizaciones, hay legislaciones (Brasil y San Luis, Argentina), que prevén una tasa de mejoras, referida al aumento de valor de las propiedades beneficiadas. Autorizando la disposición brasileña, a proceder a la expropiación, si los propietarios no consienten previamente la imposición de aquella.

C.- Obras de defensa

a.- De primer orden es la importancia del agua en relación con la vida del hombre, el desarrollo de la agricultura, la producción de la energía, los fines industriales, etc. Pero los desbordamientos de las arterias fluviales que cruzan una región, las grandes avenidas, las inundaciones que cubren miles y miles de hectáreas, no traen sino ruina y desolación. Y aún el discurrir leve y apacible de las mismas, va socavando los terrenos contiguos (22) y haciendo desaparecer con ellos la fortuna de sus propietarios; a mas de que puede acarrear aluviones que bien pueden obstruir los cauces y

(21) Arts. 60, 61, 62 y sgts.

(22) Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de España.

hacer difícil la navegación.

Frente a lo dicho, se encuentra un doble interés: El del propietario ribereño sobre quien gravita permanentemente el riesgo de perder parte de sus frutos, y el mas atendible interés de la comunidad. Por lo anterior, ha surgido la necesidad de construir obras de defensa de las aguas.

b.- Tal como en las construcciones para riego surge el interrogante si este problema debe ser solucionado única y exclusivamente por el Estado, sin que los particulares tengan participación alguna en aquello. O, si por el contrario, se acepta como mas justo, el reglamentar una participación ciudadana que conduciría a los mismos resultados buscados.

Indudablemente, es de prohiarse la segunda postura. Y adentrándose en ella, se preguntará si los propietarios riberaños necesitan autorización o licencia previa, otorgada por autorización competente, a efecto de construir las obras de defensa que se consideran necesarias. Es de resolverse negativamente la cuestión formulada por varias razones: Primera, porque la Administración, a pretexto de preaver sus abusos, entraba el interés privado, cuando tiene medios mas fáciles de corregirlos. Segunda, porque el obtener una licencia implica de por sí un procedimiento mas o menos dilatado, que puede

verse mas o menos entorpecido por la lentitud de la Administración, y aparejar múltiples -y quizás- gravosas erogaciones para el interesado.

g.- La Administración debe conservar la facultad de ordenar la demolición de las construcciones, o el arrancamiento de las plantaciones que invadan el cauce de la corriente. Y puede proceder ya de oficio, o a petición de parte, en cuando se vea amenazada la navegación, desviado el curso de las aguas, etc...,

Una situación totalmente diversa, y que se halla dentro de las facultades discrecionales de que goza la Administración es la de practicar obras provisionales o destruir las existentes en toda clase de propiedades, sin previa indemnización o formalidad alguna, cuando es indispensable para preaver o contener inundaciones inminentes. Sería en efecto, absurdo que en aquellos momentos supremos de tribulación y angustia, cuando la salvación de los intereses, y, lo que es aún mas, de las vidas, exige resoluciones instantáneas ejecutadas con rapidez, la Administración hubiera de permanecer con las manos atadas mientras instruíra previo expediente, e indemnizaba perjuicios, viniendo a ser siempre los resultados de su acción completamente inútiles, por tardíos.

Eventos como el anterior, han dado origen a - los llamados "Reglamentos de Necesidad", y que se han -

erigido por cuanto la necesidad carece de Ley, y grave responsabilidad moral y hasta jurídica contraería un gobierno si teniendo en sus manos un resorte tan vigoroso contra un mal o peligro social, no lo hubiese utilizado para contrarrestarlo (23).

D.- Servicio de Vigilancia

El goce material de las aguas, la integridad de lechos y riberas, el exacto cumplimiento de las disposiciones legales y administrativas sobre la materia, solamente puede garantizarse a base de un buen servicio de vigilancia. Se hace indispensable, pues, estudiar el fundamento de esta actividad estatal.

Por tratarse no de defender el derecho en sí mismo al uso y disfrute de las cosas públicas y entre ellas el agua, desde luego, sino de explicar una de las varias facetas de la denominada Policía del Estado, se comenzará por una breve reseña histórica.

g.- El significado de policía ha sido tradicionalmente controvertido, desde su origen en el Renacimiento, hasta la época presente. Inicialmente se aplicaba a las medidas tomadas por la autoridad para conseguir el buen estado de la cosa común, y se previó única-

(23) Otto Mayer, ob. cit.ª pág. 3, volumen II.

mente para la ciudad y la vida comunal. Con el correr - de los tiempos, la policía tomó gran preponderancia, llegando hasta caracterizar al Estado en todas sus relaciones con los súbditos: el ejército y la policía permanecen aparte; todo lo que fuera de ellos puede hacerse para fortalecer el orden interno y consolidar la cosa común pertenece a la policía.

Pero entonces, el derecho natural se saca como límite a las actividades de policía, porque se hace necesario al tratar sobre la manera de determinar su poder de coacción. Y la filosofía del derecho empieza por establecer que el poder público solo puede hacer uso de la coacción para la conservación del estado de seguridad pero no para acrecer la prosperidad de los ciudadanos.

La policía sufre, posteriormente otra limitación. Y lo es con motivo del establecimiento del sistema constitucional, y del régimen de derecho. Se concede a la policía un papel simplemente negativo que consiste en defender a la sociedad y a los individuos de los peligros que pudieran amenazarla.

Esta breve sinopsis no quedaría completa si no se expresara el moderno concepto que entiende que la policía es la Administración que tiene el poder de obligar;

o bien, es el poder de coacción de la Administración.

b.- Meyer (24) la define como la actividad del Estado que tiene por fin la defensa del buen orden de la cosa pública, mediante los recursos del poder de la autoridad contra las perturbaciones que las existencias individuales pueden ocasionar. Garrido Falla va mas adelante al sostener que es la actividad de la Administración desplegada en el ejercicio de sus propias facultades para garantizar el mantenimiento del orden público limitando los derechos de los administrados, mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos (25).

El poder de policía tiende a realizar el deber general que incumbe al súbdito de no perturbar el buen orden de la cosa pública. Esta realización consiste en la defensa contra la perturbación contraria a ese deber.

El evitar la perturbación solo puede realizarse contra aquel que viola o está a punto de violar el deber general de no romper el orden público. Aclarándose que no solamente se imputa a su conducta personal, sino que también se reprocha el estado peligroso de sus bie-

(24) Otto Mayer, ob. cit., pág. 8.

(25) Garrido Falla, ob. cit., pág. 140.

nes, los daños que amenacen el buen orden a causa de su vida doméstica, de su industria, etc. Este poder de policía actúa, solamente en cuanto la perturbación emane - de alguno de los que están sometidos a su jurisdicción.

e.- Especializándose cada día mas la prestación de servicios de policía, en varias legislaciones se acepta la existencia de una Policía Especial de Aguas. Que claro está, se ocupará de las aguas públicas a efecto de que no sean infectadas; de que la industria al utilizarlas y devolverlas lo haga dentro de condiciones de higiene; de mantener las corrientes en su curso natural; de evitar que las aguas sean desperdiciadas; de sancionar con medidas peculiares, las trasgresiones a las disposiciones, etc.

Respecto de las de dominio privado, la Administración se limitará a ejercer sobre ellas la vigilancia necesaria, para que no puedan afectar a la salubridad pública ni a la seguridad de las personas y bienes (26).

La función policía debe ser directamente prestada por la Administración, como depositaria que es de - de los altos intereses de la Comunidad, y por una parte, y representante del Estado, por la otra. Sin embargo, y

(26) Artículo 227 de la Ley de Aguas de España.

como caso realmente excepcional, debe anotarse el hecho de que hay entidades autónomas que ejercen una verdadera función policiva. Se trata de las Comunidades de Regantes (organismos reglados por los arts. 228 y sgts., de la Ley de Aguas de España), que guardan independencia frente a las administraciones municipales respectivas. Sin embargo, y repasando, (el artículo 244 de la citada Ley es suficientemente claro) desprevénidamente, las atribuciones adscritas a los Jurados de Riego, se confirman lo anterior. Se explica lo anterior, en la larga y dilatada tradición que tienen entidades de este tipo dentro de la organización de los explotadores del suelo hispano, entidades éstas que son anteriores a la propia Ley que los reglamenta. (Caso protuberante, y orgullo legítimo en estas materias, es el del Tribunal de las Aguas de Valencia).

Los empleados ejecutores de las decisiones de las autoridades que administran las aguas, y encargados de la vigilancia de los sistemas de distribución son verdaderos agentes de la policía de aguas. Llámense tomeros, repartidores, compartidores, celadores, fontaneros, canaleros. Las Leyes les reconocen derecho a repenir incontinenti, de propia autoridad, las instalaciones que encuentren alteradas para aprovechar indebidamente de las aguas, a aprehender a quienes encuentren in fraganti

en la comisión de tales hechos, y a usar de la fuerza pública, cuando fuere menester incluso con facultad de allanar domicilios privados (27).

Estas medidas deben estar previstas en la respectiva Ley de Aguas. Así como las sanciones que tiene un tipo contravencional y no punitivo. La prueba en materia de delitos de aguas, -de no sorprenderse in fraganti al autor- es extremadamente difícil.

Los Tribunales de Aguas organizados por algunas legislaciones (28) no desarrollan funciones policivas en el sentido anotado arriba. Ellos se limitan a decidir acerca de las querellas por categoría (ya públicas, ya privadas) de las aguas; por la destinación y uso de las mismas; por las situaciones que se relacionan con la ocupación permanente o temporal, total o parcial de terrenos, etc.

La Ley del Estado de Israel de 30 de Mayo de 1955, ha establecido un control efectivo sobre los cauces hidráulicos para evitar así su abuso o desperdicio. Así, ha establecido normas procedimentales para hacer -

(27) Guillermo J. Cano, Las Leyes de Aguas en Sudamérica, pag. 95.

(28) Artículos 139 y 140 del Texto Unico Italiano, hablan de unos Tribunales Regionales, y uno Superior de Aguas.

efectiva la fiscalización de los contadores de agua, y - para poder inspeccionarlos en cualquier momento. Erige en delito el daño voluntario en un contador de agua, así como las maquinaciones que se hagan en los mismos para falsear las medidas.

Igualmente, en Italia, el Ministerio de Obras Públicas interviene para obtener un racional aprovechamiento de las aguas en sus diferentes aplicaciones, y hacer compatibles los aprovechamientos de los particulares, como los destinados a la producción de energía eléctrica, y también para asegurar la devolución de aguas, y tener reservas suficientes para sus planes de irrigación.

- - - -

De justificada razón es la expresión de Juan Brunhes, -citada por el Excmo.Sr.D. Luis Jordana de Pozas al empezar su comentado discurso sobre "El Derecho - Español de Aguas y la Oportunidad de su Revisión"-:

Para un Estado y un pueblo es el agua la riqueza soberana: es alimento y abono, fuerza y camino.

CAPITULO X

C O N C L U S I O N E S

CARACTER PUBLICO DE LA TOTALIDAD DE LAS AGUAS.

Ninguno de los criterios sumariamente expuestos acerca de la manera como el jurista puede distinguir entre una corriente privada de una pública, es satisfactorio, tal como sucintamente se dijo en la crítica - apuntada a cada uno de ellos.

Se trata ahora -siguiendo la pauta de la brevedad- de decir por qué todas las aguas tienen el carácter de públicas.

La conocida fórmula extraída del Derecho Civil y que se halla inserta en la mayoría de los códigos de la materia, y que reza en todos en forma casi idéntica (son aguas privadas las que nacen y mueren dentro de una misma heredad), es anacrónica, desueta, absurda e injusta.

Partiendo de la premisa incontrovertible de - que la sociedad entera necesita del agua; que por ello mismo se encuentra pendiente de que se le dé a tal elemento un racional y equitativo uso, esa declaración legal apareja un sinnúmero de injusticias. Cuando en to-

- III -

dos los Estados se lucha por hacer una mejor distribución de la propiedad inmobiliaria rural, y se dictan normas, y se ensayan fórmulas para hacer mas justa la tenencia y propiedad de los feudos, aparecen vestigios del superado sistema de los terratenientes quienes a mas de tener extensiones inmensas de tierra, y si gozan del privilegio de tener "aguas que nacen y mueren dentro de su predio", estas son intangibles, no pueden ser utilizadas sino por ellos solos. Y respaldados por un mandato legal inactual- quedan así autorizados para hacer caso omiso de las necesidades ciudadanas que puedan existir.

Será posible que una legislación que se precie de ser justa contenga estas aberraciones?. Que no solamente dé garantías a los propietarios de vastos predios, sino que también extienda su benevolencia hasta el punto de defenderlas aún a costa de los intereses del resto del conglomerado social?. Por qué el sacrificio de los intereses de los más en beneficio de los menos?.

Y qué decir del criterio de que si una corriente es navegable, entonces sus aguas serán públicas; y si no lo es, serán privadas?. Puede la sociedad estar

- IV -

sometida a que estas arterias fluviales sean atravesadas por vapores para que entonces sí puedan válidamente aspirar a beber de ellas?. Francamente creo que no. - Las necesidades de los administrados no se pueden valorar en forma tan ligera, y bajo un criterio que no consulta las auténticas finalidades que tienen todas las aguas dentro del mas elemental orden de aprovechamientos. Está bien que el comercio fluvial resplandezca, y que - el turismo se fomente por las vías fluviales, etc. Pero lo que no puede esperar la sociedad es que ocurra lo anterior -que se produzca el hecho de la navegación- para que entonces sí pueda ir a la Administración en demanda de agua, y ésta dentro de su poder discrecional -ya estudiado- pueda decidir afirma o negativamente.

Causa pavor, saber que legislaciones de Países que tantas y tan valiosas contribuciones han dado al Derecho -como Francia- sigan todavía ceñidas a este sistema. Que, además, no trae sino dificultades en la práctica, y que antes de simplificar las cuestiones, las dificulta, que antes de establecer el sosiego entre los miembros de una sociedad, lo turba. Piénsese si nó en lo que ocurre cuando un cauce se seca, cuando el río abandona su curso definitivamente, cuando por efecto - del fenómeno mundial de creciente escasez de las aguas,

el particular ve ante sí una extensión de terreno que - por haber dejado de ser útil para la navegación ha dejado de ser cosa pública y se ha tornado -por efecto de - un acasamiento puramente físico y nada más- en privado. Lo primero que se debe apuntar es que, no es criterio científico -desde el punto de vista de lo jurídico- el que se atisba en este planteamiento. Porque si se hace uso del criterio de las cosas públicas por afectación, precisaría que el Legislador hiciera una declaración en sentido contrario a como la hizo inicialmente. Y que - si primero dijo que sería bien público, pues ahora deberá decir que ya no lo es. Pero si no existe esta declaración legal que aclare el problema, entonces puede decirse que aquel cauce o antiguo lecho del río entra en calidad de bien privado, por mandato de la propia Ley, de "jure"? Y si esto último se produce, a quién va a aumentar la finca, a los propietarios riveranos, o al - que ha ocupado aquella faja y la está explotando económicamente?. Y como la naturaleza no puede ser controlada en todas sus acciones, y el río vuelva a tomar su antiguo cauce, qué efectos tendrá frente a quien había tomado aquello como propio?.

Estos pocos interrogantes son una parte del - crecido número de dificultades que trae consigo este -

- VI -

desacertado enfoque del problema. A mas de que, como - adelante se dirá no consulta, en forma alguna, la verdadera finalidad que cumplen las aguas.

Se está abriendo paso, y no sin dificultades, el verdadero criterio que debe informar la distinción - entre aguas públicas y privadas. Y es el criterio del interés general, es el criterio de la convivencia social, es el criterio de la satisfacción de las necesidades - por los miembros de una Nación.

Y entonces se preguntará: ¿cuáles son las - aguas que no cumplen un alto cometido social. A la vez que todas van encaminadas a esto. Otra cosa es que por la tradicional distinción de aguas públicas y privadas, unas hayan sido excluidas deliberadamente de esta alta finalidad. Pero ello no es argumento para decir - que hay aguas en que la comunidad no tenga interés. Ahora mas que nunca, vela porque ellas no sean desperdiciadas, porque dentro de su reducida cantidad, todos los - humanos puedan tener acceso a las mismas, porque no haya una distinción entre unas de mejor categoría que otras, porque se entienda que todas están destinadas a los usos del pueblo. Si lo anterior es cierto puede seguirse sosteniendo que la división que se critica debe tener toda

- VII -

vía vigencia?. No parece mas lógico, mas acorde con el interés ciudadano, que todas las aguas sean públicas y nada más?.

Porque es que hay más, todavía. Hay casos naalmente irritantes, que indican hasta donde la acepta—ción de este criterio —de que todas las aguas son públicas— no obedece sino a un desarrollo consecuente con la noción de bien público. Véanse algunos de ellos:

Por teorizantes, catedráticos, juristas y comentadores del Derecho Público, así como también por — jueces y magistrados, se acepta sin embages que las fortificaciones militares, por ej., son cosas públicas. No se desconoce —pueril sería desconocer— la importancia — que esta clase de bienes tiene para el Estado. Y tan—bién que esta clase de bienes tiene para el Estado. Y también para la comunidad. Pero no es verdad que, "el derecho a la sed" —como gráficamente se le llama en los países musulmanes— ocupe un sitio de igual o mayor preeminencia?. Y si se está de acuerdo con lo dicho, por — qué resistir a que sobrevenga sobre las aguas la decla—ración legal que ratifique una condición que ya tienen, cual es la de ser bienes públicos?.

Y qué decir de los muros, ruinas de la anti—güedad, edificaciones, castillos, etc., que hoy se cui—

- VIII -

dan celosamente como testigos permanentes y mudos de épocas ya fenecidas y que traen a la memoria de propios y extraños el recuerdo de tiempos de grandeza o de avasallamiento, de esplendor o decaimiento de una Nación determinada?. No desconozco el interés que existe por su cuidado y conservación. No niego tampoco, la necesidad de una protección por parte del Estado. Simplemente considero que basta que la Ley punitiva sancione a quienes atenten contra tales construcciones, para que quede satisfecha la necesidad de protección. Pero pienso que haciendo confrontación imparcial entre los intereses que representan las aguas, y los monumentos nacionales, éstos no revisten "mas que un interés de lujo, que no basta para justificar los privilegios de la cosa pública".

Ahora bien: Se ha creado por la doctrina, y para que una cosa pueda ser considerada como bien público, la necesidad de la existencia de dos requisitos: 1º, Que tenga aptitud, destinación o naturaleza de tal; 2º, Que desde el punto de vista del sujeto, ella pertenezca a un ente de Derecho Público.

Fues bien: Con relación a la primera condición debe significarse, que no hace falta la declaratoria la

gal de afectación para considerar el agua como un bien público. No es necesario transcribir los varios pasajes contenidos en el Capítulo Primero (Edad Antigua, especialmente) de este trabajo, ni hacer una síntesis de lo que se reseñó a lo largo del mismo para concluir que este líquido, por naturaleza, está destinado al uso general.

Creiendo que la afectación es un acto que cae dentro de la esfera de la Administración, puede decirse que aun en el supuesto de que tal destinación no se hiciera, el agua seguiría conservando su indiscutible atributo de publicidad. Es que, al fin y al cabo, el agua tiene este carácter no porque el Estado o la Administración lo digan, sino porque es de su esencia.

Si se aceptara que el agua solamente podría llegar a ser cosa pública en cuanto existiera aquella formalidad, con la misma lógica podría llegarse al absurdo de que dejaría de serlo, cuando se hiciera una declaración en sentido contrario. Declaración, desde luego, que no tendría fundamento, que sería atentoria de la naturaleza misma de las cosas; y que ningún efecto práctico tendría. Resaltando, por lo demás, que no se tiene noticia, hasta el momento, de que ni aún en las épocas mas difíciles de la humanidad, en las mas carac-

terizadas por el desconocimiento de los derechos y prerrogativas de la persona humana, se diera el caso de su primir este elemental derecho al uso del agua. Menos aún, hoy, cuando todos a una, los Estados compiten esforzadamente por llevar el agua hasta los últimos confines de su territorio invirtiendo sumas fabulosas que dicen muy claramente del notorio interés que reviste el problema.

Tampoco es dable pensar, por lo menos por ahora, que el agua dejará de ser elemento necesario para la humanidad. Circunstancia en la cual, -y siguiendo la teoría de que cuando un bien deja de tener aplicación al uso público, deja de ser público- carecería de interés el que fuera bien público. La ciencia, hasta la fecha, no ha llegado a reemplazar el agua en forma tal - que la haga innecesaria para la vida humana, para el - abrevadero de ganados, para el riego, para la fuerza hidráulica, para los usos industriales y demás aprovechamientos que se dejaron estudiados.

Y en cuanto a la segunda condición, o sea, la que dice relación con la necesidad de que el bien público pertenezca a un ente de Derecho Público, nada mas - acertado. Es imposible que los civilistas sigan considerando que el Régimen de las Aguas es materia, todavía, de su incumbencia; y que las Instituciones de esa impog

tante rama del Derecho, pueden aplicarse acá, con todos sus efectos y consecuencias. Es imprescindible, pues, que se proceda con lógica: Si las aguas, por su naturaleza, o por su interés económico-social son bienes públicos, que sean los principios del Derecho Público, los que presidan su tratamiento.

Pero como el Municipio, el Departamento, la Provincia, al igual que el Estado, son también antes de derecho público, debe señalarse a este último -y no a los otros- como el depositario de su administración. - Porque al querer beneficiar ora al Municipio, ora a la región, (por ej.), con una declaración atribuyéndoles su vigilancia, se estaría rompiendo una unidad que es a todas luces necesaria, siendo imposible, por otra parte, -en corrientes de larga extensión- atribuir con exactitud su control a una determinada entidad dentro de las ya señaladas, por cuanto puede bañar a varias de ellas. Es claro que el Estado, en estas circunstancias, -y tal como se dice en las entradas a favor- goza de un derecho "intransmisible".

El que se afirme la existencia de un hecho probante -cual es el carácter público de las aguas no

- XII -

puede alarmar ni causar trastornos a los actuales propietarios de aguas llamadas privadas. Ni mucho menos, a los usuarios con autorización estatal. Los primeros, no quedarán privados del uso del agua; simplemente, lo que les queda prohibido es seguir haciendo objeto de sus derechos patrimoniales un bien que es público, y por lo tanto, inalienable, imprescriptible, etc., - Gozarán del agua que les sea menester, luego de que el Estado haya hecho una técnica evaluación de sus necesidades, y satisfagan requisitos de orden procedimental a efecto de obtener la concesión; al igual que los demás usuarios de corrientes públicas, quienes seguirán en ejercicio de su aprovechamiento.

Piénsese que "todas las empresas humanas son mezcla de un poco de humanidad, un poco de suelo y un poco de agua". Cómo negar esta última a nuestros hermanos?

B I B L I O G R A F I A

-XIV-

AREITIO, Toribio de:

"Ensayo sobre la Legislación de Aguas". 1858.

ALVAREZ-GENDIN, Sabino:

"Manual de Derecho Administrativo Español" -
Barcelona, 1954.

ALONSO MOYA, Francisco:

"Sobre las Aguas de Dominio Público y Privado"
Revista de Administración Pública, IV, 29-73.

ALTAMIRA, Rafael:

"Cuestiones Modernas de Historia".

BLEZA:

"Acciones que competen en caso de distracción
o disminución de aprovechamientos preexis-
tentes por consecuencia de nuevos alumbramientos
y de labores mineras". Revista de los Tribu-
nales, 41 (1907) 817-18.

BLEZA: "Pueden emplear el procedimiento de apremio los
sindicatos de riego para el cobro de sus repar-
timientos?" Revista de los Tribunales, 42 -
(1908) 617-618.

BIELSA, Rafael:

"Derecho ADMINISTRATIVO". 3ª., ed. Buenos Ai-
res, 1939.

BASCUÑAN VALDES, Anibal:

"Elementos de historia del Derecho". Chile, -
1954.

BALLBE, Manuel:

"Concepto de Dominio Público"

BONFANTE, Pedro:

Instituciones de Derecho Romano. Editorial Reus,
Madrid, 1929.

BRUNNER- V. Schwerin:

"Historia del Derecho Germánico". Editorial Labor, S.A. 1936. Barcelona.

BRUGGI, B:

"Instituciones de Derecho Civil". UTEHA. México, 1946.

CANO, Guillermo J.:

"Estudios de Derechos de Aguas". Buenos Aires 1943.

CANO, Guillermo, J.:

"Las leyes de Aguas en Sudamérica". F.A.O. Roma, 1956.

CERILLO QUILES, F.:

"Régimen Jurídico-Administrativo de las Aguas Públicas y Privadas". Editorial Jurídico-Española, 1960.

CERILLO QUILES, F.:

"Nueva Enciclopedia Jurídica". II, 1950, pág. 498-514.

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA:

Jurisprudencia.

CODIGO PENAL ESPAÑOL.

CHAVES M., Manuel A.:

"Legislación de Aguas e Irrigación", Lima, 1954.

DE VELASCO FERNANDEZ:

"Los aprovechamientos de aguas públicas: El Real Decreto de 5 de septiembre de 1918". Revista - del Derecho Público. 5 (1918).- 309-17.

FORNER:

"Observaciones sobre las Leyes de Aguas y Minas". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 44 (1874) pag. 60-70

FORSHOFF, Ernest:

"Tratado de Derecho Administrativo". (Traducción de la 5ª ed. alemana hecha por profesor Legs Lacambra, profesor Garrido Falla, y sr. De Ortega y Jungue. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

F.A.O.:

Colección Legislativa.

F.A.O.:

"Water Laws in Italy". (prepared by Dante A. Caponera). 1953.

F.A.O.:

"L'aménagement des eaux de surface dans les - régions arides, 1953.

F.A.O.:

"Le droit des eaux dans les pays musulmans". Roma, 1956.

FOIGNET, René:

"Manual Elemental de Derecho Romano" Puebla, México, 1948.

GARCIA ORMAECHEA:

"Aguas Públicas y Privadas". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. (1932) 71-6.

GARCIA REDRUELLO:

"El Rey y el Tribunal de las Aguas en Valencia". Revista de los Tribunales. 61 (1927) - 372-373.

GAY DE MONTELLA:

"Teoría y Práctica de la Legislación de Aguas"
Barcelona.

GAY DE MONTELLA:

"Los aprovechamientos de aguas para uso industrial" Revista General de Legislación y Jurisprudencia. (1915) 230-45.

GAY DE MONTELLA: (y Cristóbal MASSO ESCOFET):

"Tratado de la Legislación de Aguas Públicas y Privadas". Barcelona, 1956. 2 vol.

GAY DE MONTELLA:

"Sobre el concepto privado de las Aguas" Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1954.

GOMEZ DE LA SERNA:

"De las Obras hechas en los Rios". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 12 (1858), pág. 659-62.

GOMEZ DE LA SERNA:

"Sobre la propiedad de los rios y especialmente de su álveo" Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 34 (1889) 364-368.

GONZALEZ, Bartolomé:

"Registro y Aprovechamientos de Aguas Públicas" Revista de los Tribunales" 38 (1904) 37-39 y 55-56.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo:

"El problema de la caducidad de las concesiones de aguas públicas y las prácticas de las concesiones en cartera".- Revista de Administración Pública. 17, 269-293.

GARCIA OVIEDO, Carlos:

"Derecho Administrativo". Segunda ed., 1948.

GARRIDO FALLA, Fernando:

"Tratado de Derecho Administrativo" Madrid, -
1960.

GARCIA FERNANDEZ, Miguel:

"Proyecto de Real Decreto sobre Alumbramiento
y Aprovechamiento de Aguas Subterráneas", 1928.

GUTIERREZ O, Sergio:

"Mar Territorial y Derecho Moderno", Editorial
Jurídica de Chile, 1955.

GASCON Y MARIN, José:

"Tratado de Derecho Administrativo", 13ª ed.
Madrid, 1955.

GOMEZ AYAU, Emilio:

"El Estado y las Grandes Zonas Regables". Es-
tudios Agro-Sociales, Madrid, 1961.

JARPA FERNANDEZ, Mario:

"La Escasez de las Aguas" Concepción, Chile,
1953.

JORDANA DE POZAS, Luis:

"El Derecho español de aguas y la oportunidad
de su revisión" Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación, Madrid, 1962.

LOPEZ DE HARO:

"Aprovechamientos eventuales". Revista de De-
recho Privado. 4 (1917) 344.

LOPEZ DE HARO:

"Aguas Subterráneas" Revista del Derecho Pri-
vado 4 (1917) 33.

- XIX -

LOPEZ DE HARO:

"Heredamiento de Aguas" Revista de Derecho Privado. 9 (1922) 321.

LOPEZ DE HARO:

"Fuentes y Aguas Subterráneas". Revista de Derecho Privado. 1 (1913-14) 309.

LOPEZ DE HARO:

"Comunidad de Regantes" Revista General de Legislación y Jurisprudencia. (1912) 296.

LOPEZ DE HARO:

"Uso y aprovechamiento de aguas". Revista de Derecho Privado. 1 (1913-14) 251.

LOPEZ DE HARO:

"Aguas" Revista de Derecho Privado. 1 (1913-14) 217.

LATOIRS BRETONS, José:

"Antecedentes de la Primitiva Ley de Aguas". Colegio de Abogados de Elche. Conferencia del 28 de marzo de 1958.

LOPEZ RODO, Laureano:

"El Patrimonio Nacional". Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1954.

MAÑUECO:

"Aguas Subterráneas". Revista crítica de Derecho Inmobiliario. 4 (1928) 241-66.

MARTIN RETORTILLO, Sebastián:

"Las confederaciones hidrográficas". Revista de Derecho Público. (1936) 214-27. Boletín de la Universidad de Zaragoza, 1940. 73-91.

MARTIN REPORTILLO, Sebastián:

"Inscripción y aprovechamientos hidráulicos - en el Registro Especial de Aguas". Revista - de Derecho Privado, 18 (1931), 373.

MARTIN REPORTILLO, Sebastián:

"Régimen Jurídico de las Aguas en el Estado de Israel". Estudios en honor del profesor Jordana de Posas. Tomo III, Vol. 1º.

MARTIN REPORTILLO, Sebastián:

"De las Administraciones Autónomas de las - Aguas Públicas". Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1960.

MARIENHOFF, Miguel S.:

"Caducidad y Revocación de la concesión de servicios públicos". Buenos Aires, 1947.

MERKL, Adolfo:

"Teoría General del Derecho Administrativo". Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

MAYER, Otto:

"Derecho Administrativo Alemán" 1950.

MINISTERIO DE AGRICULTURA DE COLOMBIA:

"Legislación de Aguas de ^Uso Público. Fuerza Hidráulica. Explotación de los lechos de los ríos". Bogotá, 1956.

NUÑEZ BORJA, Humberto:

n "Ciencia de la Administración y Derecho Administrativo Peruano". Arequipa, Perú, 1945.

NACIONES UNIDAS:

Centro de Utilización de Recursos Hidráulicos. 1er. informe bienal. Nueva York, 1960.

OTS CAPDEQUI, José María:

"Manual de Historia del Derecho Español en las Indias" y del Derecho propiamente indiano". Buenos Aires, 1943.

OURLIAC, Paul:

"Historia del Derecho". Publicaciones de la Universidad de Puebla, México. Editorial José M. Cajica. 1952.

ORTOLAN, M.:

"Compendio de Derecho Romano". Editorial Atlaya, Buenos Aires, 1947.

PEREZ OLEA:

"Transportes de Madrid y Aguas de Barcelona" Revista de Administración Pública, 24 289-322.

PAREJA, Carlos H.:

"Curso de Derecho Administrativo, Teórico y Práctico". 2ª ed. Bogotá, 1940.

PAEZ, Francisco:

"Condición Jurídica de las Aguas en el Ecuador" Quito, Imprenta de la Universidad. 1952.

PILSON, S.A. (Pilotajes y Sondeos, S.A.):

"Captaciones de las aguas Subterráneas", Madrid 1961.

REVILLA QUEZADA, Alfredo:

"Curso de Derecho Administrativo Boliviano" Potosí, Bolivia. 1945.

ROUSSEAU, Charles:

Derecho Internacional Público, París, 1960.

RIOS APONTE, Luis E.:

"Régimen Legal de Aguas y Fuerza Hidráulica - en Colombia". 1950, Bogotá.

SERRANO Y OTEIZA:

"Comunidades de Regantes". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 57 (1880). 493-502.

SERRANO VENTURA:

"La Renovación de la posesión de Aguas en la ciudad de Lérída". Revista de Estudios de la Vida Local. 39 (1946) 736-48.

SUBIRACHS RICART:

"Las características contractuales del abastecimiento de aguas". Revista Moderna de Administración Local. 1950. 42-46.

SACK NERON, Sofía:

"Comentarios y breve estudio crítico del código de aguas". Santiago de Chile, 1948.

SIMÕES VELOSO DE ALMEIDA, Joao Augusto:

"Comentario a Lei de Agua". Coimbra, Portugal, 1937.

SOHM, Rodolfo:

Instituciones de Derecho Privado Romano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, - 1936.

THIO RODRIGUES, Luis:

"El agua. Su aprovechamiento y servicios". Revista de Barcelona. Volumen 8, Septiembre 1958.

TROMBE, Félix:

"Las aguas subterráneas" (Les eaux souterraines) Versión española de Anancio Fernández, - 1956.

TORREJON MONTERO, Alejandro:

"Colonización de las grandes zonas regables".
Revista de Estudios Agro-sociales. Madrid, O
tubre-Diciembre, 1953.

VILLAMIL DE CORDOBA:

"Inscripciones de aprovechamientos de aguas"
Revista crítica de derecho inmobiliario. 3 -
(1927) 808-11.